

Aviso nº 185 - GP/TCU

Brasília, 11 de março de 2026.

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia do Acórdão nº 2882/2025, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, proferido pelo Plenário desta Corte de Contas, na sessão ordinária de 3/12/2025, ao apreciar, nos autos do TC-033.766/2018-5, recurso de reconsideração interposto pela Fundação Habitacional do Exército contra o Acórdão nº 841/2023-TCU-Plenário.

O mencionado processo trata da prestação de contas da aludida Fundação, referente ao exercício de 2017.

Por oportuno, informo que o inteiro teor da Deliberação ora encaminhada pode ser acessado no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.

Atenciosamente,

(Assinado eletronicamente)

Vital do Rêgo
Presidente

A Sua Excelência o Senhor
Deputado Federal ALEXANDRE LINDENMEYER
Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle
Câmara dos Deputados
Brasília - DF

ACÓRDÃO Nº 2882/2025 – TCU – Plenário

1. Processo TC 033.766/2018-5.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I – Recurso de Reconsideração (em Prestação de Contas).
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Centro de Controle Interno do Exército.
 - 3.2. Responsáveis: Antonio Cesar Alves Rocha (CPF: 703.314.807-00), Antonio Hamilton Martins Mourao (CPF: 233.063.860-49), Carlos Henrique Carvalho Primo (CPF: 224.525.597-68), Claudio Rogerio Pinto (CPF: 224.253.737-72), Eron Carlos Marques (CPF: 048.365.107-91), Jose Luiz de Paiva (CPF: 569.179.297-00), Jose Ricardo Kummel (CPF: 227.175.369-49), José de Castro Neves Soares (CPF: 037.974.497-04), Orlando Humberto Costa Junior (CPF: 273.469.511-15), Ricardo Barbalho Lamellas (CPF: 050.389.107-00), Ricardo Jose Andrade Leite Viana (CPF: 434.027.041-53), Tarciso Alves da Rocha (CPF: 002.661.834-68) e Ullisses Christian Silva Assis (CPF: 821.549.101-49).
 - 3.3. Recorrente: Fundação Habitacional do Exército (CNPJ: 00.643.742/0001-35).
4. Entidade: Fundação Habitacional do Exército.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Rodrigo Medeiros de Lima.
7. Unidades Técnicas: Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos); Unidade de Auditoria Especializada em Defesa Nacional e Segurança Pública (AudDefesa).
8. Representação legal: Marcio Roberto Martins Santos (33.685/OAB-DF), Luiz Ferrucio Duarte Sampaio Junior (21.150/OAB-DF) e outros, representando Eron Carlos Marques; Octávio Augusto Carneiro Pereira (21.262/OAB-DF), Viviana Toderó Martinelli Cerqueira (32.664/OAB-DF) e outros, representando Fundação Habitacional do Exército.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Reconsideração interposto pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) contra o Acórdão 841/2023-TCU-Plenário (peça 296, Rel. Min. Marcos Bemquerer), que julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis e realizou determinações à recorrente.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei nº 8.443/1992, em:

- 9.1. conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;
- 9.2. tornar insubsistentes os subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1 do Acórdão 841/2023-TCU;
- 9.3. retificar os subitens 9.2.2.1.6, 9.2.2.7.2 e 9.3 do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário, que fazem menção ao Decreto nº 9.727/2019, passando-se a constar as disposições do Decreto nº 10.829/2021, que o revogou;
- 9.4. renovar o prazo constante da determinação encartada no subitem 9.2.1 do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário, concedido à Fundação Habitacional do Exército (FHE), para que informe o tipo de confidencialidade associada às peças 227 a 230, por 60 (sessenta) dias, a contar da presente deliberação;
- 9.5. conceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a FHE verifique a ocorrência de possíveis situações de favorecimento familiar ou vínculo pessoal indevido na FHE, considerando os elementos contidos nos autos resultado do cruzamento de dados, que já são de conhecimento da entidade;

9.6. ajustar, *ex officio*, a redação do subitem 9.2.2.5.2 do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário, que passa a ser a seguinte:

“9.2.2.5.2. processo seletivo público para provimento da estrutura de pessoal mencionada no subitem 9.2.2.5.1 acima, ainda que de modo gradual, de forma a satisfazer à exigência dos incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal, exceto para as funções de confiança;”;

9.7. ajustar, *ex officio*, a redação do subitem 9.2.2.6 do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário, que passa a ser a seguinte:

“9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possíveis situações de favorecimento familiar ou vínculo pessoal indevido na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no Enunciado de Súmula Vinculante nº 13 do STF”;

9.8. ajustar, *ex officio*, a redação do subitem 9.2.2.7.4. do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário, que passa a ser a seguinte:

“9.2.2.7.4. ao art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal, em virtude do qual a contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) deve ser feita por processo seletivo público, nos termos do subitem 9.2.2.5.2 acima, exceto para as funções de confiança”;

9.9. ajustar, *ex officio*, redação do subitem 9.2.3.1. do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário, que passa a ser a seguinte:

“9.2.3.1. regularize os contratos de prestação de serviços e o fornecimento de bens de seu interesse celebrados sem a realização do devido processo licitatório, em especial os serviços de tecnologia intermediados ou prestados atualmente pela Poupex, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e demais normas aplicáveis, nos termos do regulamento próprio elaborado para aquisições e contratações a entidade”;

9.10. ajustar, *ex officio*, redação do subitem 9.2.3.2. do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário, que passa a ser a seguinte:

“9.2.3. no prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

[...]

9.2.3.2. realize o processo seletivo público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 acima, iniciando a contagem a partir do cumprimento do item 9.2.2.5.1 do Acórdão em referência”;

9.11. recomendar à Fundação Habitacional do Exército (FHE) que, com fundamento no art. 11 da Resolução TCU 315/2020, adote medidas, no prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da ciência desta deliberação, para promover adequações em seu Estatuto, com o objetivo de excluir a previsão de indicação, por parte da Diretoria Colegiada, de membros para o Conselho de Administração da entidade, com vistas a eliminar o risco potencial de conflito de interesse e de violação ao princípio da segregação de funções;

9.12. determinar à Unidade de Auditoria Especializada em Governança e Inovação (AudGovernança) que, durante o monitoramento do cumprimento da deliberação, avalie a adequação do Regulamento de Contratação e Alienação da Fundação Habitacional do Exército (FHE) às normas de regência, especialmente no que tange à observância dos princípios constitucionais de publicidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e legalidade, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como às disposições legais aplicáveis à Administração Pública indireta. A análise deverá verificar se o regulamento está alinhado às melhores práticas administrativas e se atende às especificidades operacionais da FHE, sem prejuízo de assegurar a conformidade com o ordenamento jurídico vigente;

9.13. determinar à Unidade de Auditoria Especializada em Governança e Inovação (AudGovernança) que, durante o monitoramento do cumprimento da deliberação, avalie a adequação das normas relacionadas ao processo seletivo de pessoal editado pela Fundação Habitacional do

Exército (FHE) às normas de regência, especialmente no que tange à observância dos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, e incisos I e II; da Constituição Federal;

9.14. manter inalterados os demais subitens do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário;

9.15. dar conhecimento da presente deliberação à recorrente e aos demais interessados.

10. Ata nº 49/2025 – Plenário.

11. Data da Sessão: 3/12/2025 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2882-49/25-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Jorge Oliveira (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator), Bruno Dantas e Antonio Anastasia.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

JORGE OLIVEIRA

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

AROLDO CEDRAZ

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral

VOTO

Aprecia-se, nesta oportunidade, Recurso de Reconsideração interposto pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) (peças 340-343 e 349) contra o Acórdão 841/2023-TCU-Plenário (peça 296, Rel. Min. Marcos Bemquerer), que julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis e realizou determinações à recorrente.

2. Inicialmente, ratifico o Despacho por mim proferido em 2/10/2023 (peça 137), conhecendo do Recurso de Reconsideração, suspendendo-se os efeitos em relação ao item 9.2 (e subitens) do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário e reforçando o entendimento defendido nos pareceres precedentes em relação ao item 9.3, de que a recomendação à recorrente se tratou apenas de indicação de boas práticas, inexistindo, nesse caso concreto, sucumbência à FHE a justificar o interesse recursal.

3. Quanto ao mérito, o presente exame contempla as seguintes questões:

- a) natureza jurídica da Fundação Habitacional do Exército;
- b) se houve equívoco na decisão do TCU quanto aos recursos da Poupex;
- c) se a Lei de Acesso à Informação – LAI deve ser observada pela FHE;
- d) se a operação de remanejamento patrimonial denota a existência de privilégios à entidade;
- e) se houve a revogação do art. 20 da Lei 6.855/1980, sendo inaplicável exigência da realização de concurso público no âmbito da FHE;
- f) se há legalidade do exercício simultâneo de funções diretivas na FHE e na Poupex e se houve separação total da governança do sistema;
- g) se há indícios de “prática de nepotismo no âmbito da FHE”;
- h) se a entidade deve observar a Lei de Licitações e Contratos;
- i) se há legalidade nas determinações direcionadas às alterações nos estatutos da FHE e da Poupex.

4. A recorrente apresentou razões recursais, que foram analisadas pela Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos) nos itens 5 a 13.24, da instrução à peça 371, que concluiu por conhecer do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, a fim de acrescentar ao Acórdão Combatido a concessão de prazo para a verificação da ocorrência de nepotismo, considerando-se os elementos contidos nos autos resultado do cruzamento de dados, que já são de conhecimento da FHE; retificar os subitens do Acórdão Combatido que fazem menção ao Decreto nº 9.727/2019, passando-se a constar as disposições do Decreto nº 10.829/2021, que o revogou, ante os seguintes fundamentos:

- a) quer se entenda que a FHE seja uma fundação pública, conforme previsto na Lei 6.855/1980 ou, uma entidade equiparada a uma autarquia, posição adotada pelo STJ (Enunciado 324), é inquestionável a existência de normas de direito público que derogam o regime jurídico privado a reger a entidade, inclusive porque a FHE desfruta, no seu relacionamento com a União, de privilégios não disponíveis a entidades privadas que exercem atividades de mesma natureza, ou seja, goza de poderes ou prerrogativas próprias do Poder Público;
- b) no que toca à Poupex, independentemente da natureza privada dos recursos que a compõe, não se pode olvidar que os seus recursos são também provenientes de depósitos da FHE, sendo gerida por esta;
- c) considerando-se os normativos que regem a FHE, o fato de a entidade ser tratada como uma fundação pública já atrai a incidência da LAI, cujas disposições se aplicam às fundações assim como às autarquias, caso seja utilizada a tese encampada pelo STJ. Assim, levando em conta as peculiaridades que envolvem a entidade, as suas normas regentes e as prerrogativas e sujeições, com clara derrogação do regime privado, entende-se que a LAI se aplica à FHE;

d) em relação aos remanejamentos patrimoniais (permutas no âmbito da entidade), os privilégios destacados na deliberação combatida (direito de preferência e dispensa de licitação) não se referiram apenas à vantagem econômica, mas sim, à derrogação de normas do direito privado aplicando-se normas próprias de relação de direito público. Contudo, não é somente isso, pois a entidade utiliza do ativo imobilizado da União para cumprir a sua finalidade social. Ainda em relação ao tema, a existência de processos conexos indicou risco elevado nas atividades referentes aos empreendimentos habitacionais e às operações imobiliárias realizadas pela FHE, que foram objeto inclusive de ações judiciais, o que justificou a expedição de determinação;

e) quanto à exigência da realização de concurso público no âmbito da FHE, os normativos que regem a entidade contêm tal previsão que, além de legal, é constitucional, respaldada no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Além disso, tal exigência garante o respeito a vários princípios constitucionais de Direito Administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia;

f) entende-se que há potencial risco de conflito de interesses seja pela identidade entre Presidente, Vice-Presidente e Diretores da FHE e da Pouplex ou a participação obrigatória dos membros do Conselho Administrativo da FHE no Conselho Administrativo da Pouplex, previstos nos seus estatutos. Tal situação inviabiliza a segregação de funções entre as duas entidades, não havendo como reconhecer a legalidade do exercício simultâneo, pelos mesmos agentes, de encargos de funções diretivas e gerenciais na FHE e na Pouplex;

g) foi apurada a existência de indícios de ocorrência de favorecimento indevido fundado em vínculos familiares ou pessoais), na FHE. Considerando os normativos que regem a entidade, bem como as derrogações ao regime privado consubstanciadas em prerrogativas e sujeições pertencentes ao poder público, a unidade técnica entende que a FHE deve observar os princípios constitucionais insertos no art. 37, bem como o Decreto 7.203/2010. Nos presentes autos, pelo fato de terem sido apurados indícios de ocorrência de favorecimento indevido fundado em vínculos familiares ou pessoais), entendeu-se que medidas para confirmar tal ocorrência são necessárias, considerando-se razoável que seja deferido prazo, à FHE, destacando-se que os elementos contidos nos autos resultado do cruzamento de dados, já são de conhecimento da FHE;

h) a instituição e a criação da FHE obedecem às regras constitucionais e legais que a qualificaram como uma fundação pública com personalidade jurídica de direito privado e finalidade social integrante da Administração Pública indireta, sobre a qual incidem as Leis nº 8.666/1993, hoje revogada pela Lei nº 14.133/2021;

i) por fim, as alterações estatutárias determinadas à FHE e à Pouplex encontram respaldo normativo, não existindo argumentos para afastá-las. Entende que o Decreto nº 9.727/2019 se aplica à FHE, pois tal entidade, consoante seu estatuto é uma fundação pública, desfruta de prerrogativas e sujeições próprias do direito público e compõe a administração indireta, a teor do art. 4, II, do Decreto Lei nº 200/1967.

5. O Ministério Público junto a este Tribunal, representado pelo Procurador Rodrigo Medeiros de Lima, manifestou-se parcialmente de acordo com a proposta de encaminhamento acima descrita.

6. A recorrente, à peça 340, apresenta argumentos de defesa, resumidos tanto pela unidade técnica quanto pelo Ministério Público junto a este Tribunal, às peças 371 a 373 e 378, que, em apertada síntese, reproduzo em paráfrase a seguir.

7. A FHE principia sua exposição ponderando que, embora “tenha evidentes vínculos com o Estado”, “não administra recursos públicos, não exerce atividades típicas da Administração Pública, não trata de temas que se situem no âmbito do interesse público primário nem secundário (não lida com recursos públicos), além de não se beneficiar de patrimônio proveniente da União em suas operações” (peça 340, p. 4).

8. A entidade alega não ter sido levado em consideração que, malgrado ter recebido aporte inicial do erário, “o art. 3º da Lei 7.750/89 impediu-a de receber recursos públicos. Mas, antes mesmo da edição dessa lei, por decisão de seu Conselho de Administração, a FHE deixou de recebê-los, a partir de 1988, e os tais recursos públicos originais foram integralmente restituídos em 1987 ao Tesouro Nacional, por meio de Ordem Bancária” (peça 340, p. 5). Os comprovantes desse reembolso encontrar-se-iam nos Anexos I e II da peça recursal (peça 340, p. 28).
9. Nesse ponto, argumenta não haver “utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome dela, assume obrigação de natureza pecuniária” (peça 340, p. 5).
10. A recorrente assevera, ainda, que a deliberação apelada, embora tenha reconhecido que a FHE não recebe recursos do Orçamento da União, entendeu que a possibilidade de “operação de remanejamento patrimonial” – consistente na possibilidade de aquisição, mediante permuta, de imóveis inservíveis ao Exército, por iniciativa deste, o que significaria que a entidade utiliza recursos públicos em suas operações finalísticas (peça 340, p. 6).
11. Tal conclusão do Voto Condutor do aresto recorrido se assenta na premissa de que a FHE desfrutaria de privilégios não disponíveis a entidades privadas (peça 340, p. 10). Sobre o tema, disserta à peça 340 (p. 11), que a operação de remanejamento patrimonial consiste em permuta de imóvel que não atende mais aos interesses da União/Exército Brasileiro por edificações a serem construídas pela FHE. Tal operação respeita, prioritariamente, interesse do Comando do Exército e tem exatamente essa feição legal.
12. A FHE alega que, ao revés do que deixa entrever a decisão recorrida, não tem vantagem, lucro, benefício financeiro ou resultado positivo com essas operações, nem, tampouco, se vale desses imóveis para edificar seus empreendimentos e cumprir sua finalidade e que, em verdade, se a entidade dependesse dos imóveis objeto de remanejamento patrimonial para construir imóveis objeto de suas operações e alcançar sua finalidade (suprir a deficiência de moradia do público militar, *p.ex.*), a FHE não mais existiria, dada a localidade, as condições e a própria escassez dos imóveis permutados nesse tipo de operação.
13. Outro ponto relevante, que entende que afasta a ideia de que há utilização de recursos públicos para alcançar a finalidade institucional, é o fato, concreto, de que se o imóvel ingressar no patrimônio da FHE por um valor X, a FHE deve, à União, o mesmo valor X, em obras a serem edificadas. Faz lembrar que se trata de uma permuta e não de uma doação. Esse contrato em nada se diferencia das características de transações comerciais que a FHE realiza com parceiros em sua atuação.
14. Pondera que todas as edificações construídas pela FHE para a finalidade em questão são precedidas de regular processo licitatório (*c.f.* Acórdão 1.149/2013-TCU-Plenário e Acórdão 1.146/2006-TCU-Plenário), às expensas da Fundação, responsável por todos os aspectos relacionados às obras (temas ambientais de profunda complexidade, inexecuções contratuais de construtoras, passivos trabalhistas e demais entraves típicos, recorrentes e até mesmo esperados nesse tipo de operação).
15. Registra que fica evidente que, ao invés de vantagem, a operação de remanejamento patrimonial coloca a FHE, mais das vezes, em posição de desvantagem, se forem bem observadas as nuances e a complexidade inerentes à transação.
16. Pondera que a decisão recorrida comprometeria sua autonomia e independência funcional, com “gravosas consequências sociais, econômicas e administrativas” (peça 340, p. 6) e “impactos financeiros insuportáveis” (peça 340, p. 19) – decorrentes, em especial, da decisão de segregar a diretoria da FHE e da Poupex (peça 340, p. 12).
17. Nesse campo, afirma que o Acórdão Recorrido desconsiderou que “as entidades possuem Conselhos de Administração e Auditorias com estruturas completamente segregadas, o que permite o amplo e irrestrito exercício da supervisão das atividades e da gestão da FHE à Poupex” (peça 340, p. 12).

18. Prossegue argumentando que “o art. 4º da Lei nº 7.750/1989, ao dispor expressamente que à FHE não se aplicam as normas relativas às autarquias e fundações públicas, retirou a Fundação do campo de incidência das normas gerais da Administração Indireta” (peça 340, p. 8).

19. A fundação evoca o pronunciamento do *Parquet* de Contas na etapa de conhecimento deste feito, onde destaca o trecho que o MPTCU afirma não vislumbrar no texto do art. 3º da Lei nº 6.855/1980 vedação da designação das mesmas pessoas para o exercício de função gerencial na FHE e na Pouplex, como aduzido pela unidade técnica e que citado dispositivo se limitaria a estabelecer que os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo – Pouplex serão cedidos e designados pela Fundação Habitacional do Exército – FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração (parecer do MP à peça 340, p. 13).

20. A entidade se opõe à interpretação conferida no Voto Conductor da decisão recorrida no sentido de que a impossibilidade de cumulação de funções de diretor da FHE e da Pouplex adviria da redação do art. 3º da Lei nº 6.855/1980, que menciona que os administradores da Pouplex serão cedidos e designados pela FHE. No entendimento da recorrente, não teria sido a intenção do legislador que a cessão referida implicasse a “perda da disponibilidade do colaborador cedido” pela FHE (peça 340, p. 13). Sustenta que “a expressão ‘designar’ sempre possibilitou a simultânea atuação dos dirigentes” (peça 340, p. 14) – pois, “se houvesse essa vedação, a norma assim preveria de modo expresse” (peça 340, p. 14). Defende a tese de que a segregação administrativa, tal como prescrita no Acórdão Recorrido, presta-se a afastar conflito de interesses, problema inexistente na relação entre a FHE e a Pouplex, as quais foram criadas conjuntamente e com dependência e alinhamento recíprocos (peça 340, p. 14-15).

21. Realça, na sequência, que as duas instituições possuem Conselhos de Administração distintos, possibilitando efetiva supervisão e controle (peça 340, p. 15). Acrescenta que o Judiciário Trabalhista invariavelmente considera que, entre a FHE e a Pouplex, observa-se interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta (peça 340, p. 19).

22. No que diz respeito à incidência da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), a recorrente obtempera “não ter problema em divulgar seus números e informações ao público em geral”, mas “as informações relacionadas à transparência, exigida para entes públicos, não incidem à entidade cujos produtos são disponibilizados ao seu público com a utilização de recursos privados” (peça 340, p. 8). Assim, assevera que “não há como divulgar as remunerações de empregados da Pouplex” (peça 340, p. 9), alegando que tal divulgação vulneraria a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

23. Quanto à determinação para realização de concurso público, a FHE pontua que o art. 20 da Lei nº 6.855/1980 foi revogado pelo art. 4º da Lei nº 7.750/1989, cujos dispositivos mencionados transcreve. Assim, assevera que, considerando o teor do parágrafo único reproduzido, “quando o legislador quis manter as obrigações legais dirigidas à FHE (prestação de contas e controle finalístico), o fez de forma intencional, expressa. Seria bastante singelo, nesse caminho, que o mesmo legislador, acaso quisesse manter a regra do concurso público para ingresso na FHE, acrescesse, ao dispositivo legal supratranscrito, o art. 20 da Lei nº 6.855/1980” (peça 340, p. 18).

24. o que concerne à determinação voltada à prevenção de situações que possam configurar favorecimento indevido em razão de laços familiares ou de relações pessoais, a FHE sustenta que o Acórdão teria alcançado indevidamente a Pouplex, tendo em vista a parcial intersecção entre as estruturas de ambas as entidades. Argumenta-se que o Acórdão Recorrido, embora reconheça a inaplicabilidade do Decreto nº 7.203/2010 à Pouplex, determina, de modo contraditório, sua utilização como parâmetro para avaliar a existência de possíveis favorecimentos dessa natureza no âmbito da entidade de direito privado. Ressalta-se, ainda, que a FHE utiliza a estrutura funcional da Pouplex para desempenhar suas atribuições, motivo pelo qual a questão preliminar a ser dirimida consiste em verificar se a vedação a práticas dessa espécie é aplicável a uma instituição que não se beneficia de recursos orçamentários da União e cujos empregados apenas prestam serviços concomitantes à FHE, em virtude dos vínculos institucionais expostos na peça recursal. (peça 340, p. 20).

25. Quanto às licitações e contratações da FHE, especificamente as relacionadas à tecnologia da informação, a apelante recorda que os “sistemas que servem à FHE servem à Pouplex, *e.g.*, o mesmo sistema de concessão e gerenciamento do financiamento imobiliário é utilizado pelas duas Instituições (o mesmo processo, com idêntico fluxo de aprovação e mecanismos de verificação)” (peça 340, p. 22). Assim, em virtude do compartilhamento do parque tecnológico, registra que a contratação ocorre de forma conjunta, não estando a Pouplex abarcada pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (peça 340, p. 21-22).

26. No que tange às demais injunções do Acórdão Recorrido incidentes sobre os estatutos da FHE e da Pouplex, a recorrente alega que a previsão normativa de critérios de ocupação de cargos dos membros da Diretoria e Conselho de Administração equivaleria a considerar tais posições como cargos ou empregos públicos. Desse modo, o Acórdão Recorrido determina a inclusão, no estatuto da FHE, de disposições listadas no Decreto nº 9.727/2019, o qual se encontraria expressamente revogado.

27. Por fim, a entidade formula pedido de sustentação oral quando do julgamento do feito em sessão colegiada (peça 340, p. 26).

28. A AudRecursos, ao analisar os argumentos recursais, inicialmente, traça amplas considerações sobre a natureza da FHE, concluindo tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, porém com “influência do direito público [...], por integrar o rol de entidades componentes da administração pública indireta” (peça 371, p. 13).

29. Na sequência, a unidade técnica examina o argumento de que a Pouplex não teria sido destinatária de recursos públicos (peça 371, p. 18-19), concluindo que “independentemente da natureza privada dos recursos que a compõe, não se pode olvidar que tais recursos são também provenientes de depósitos da FHE” (peça 371, p. 19).

30. Em seguida, reexaminando a aplicabilidade da LAI à FHE, a unidade técnica opina que “quer se considere a lei ou a jurisprudência, a submissão da FHE à Lei de Acesso à Informação é clara, não se afastando a sua aplicabilidade em razão de não receber recursos públicos” (peça 371, p. 20). A AudRecursos menciona, ainda, o princípio da transparência e a sujeição da FHE à IN TCU 84/2020 que, a seu sentir, sujeitariam a FHE especificamente à observância da LAI.

31. Ainda nesse campo, a unidade técnica desconsidera a indicação de que a LAI não se aplicaria à FHE por força do art. 4º da Lei nº 7.750/1989, que transcreve. O argumento da AudRecursos para negar vigência ao dispositivo legal mencionado é o de que: a) “tal artigo não deve ser interpretado isoladamente, necessitando-se considerar todos os demais normativos que se aplicam à entidade vigentes no mundo jurídico”; e b) “o próprio art. 4º da Lei nº 7.750/1989 consigna a supervisão ministerial e as disposições do art. 70, § único da CF como de observância obrigatória pela entidade” (peça 371, p. 21).

32. Elucidando seu segundo argumento, a unidade técnica traz à colação excerto da exposição de motivos do projeto que originou a Lei nº 7.750/1989, justificando a sujeição da FHE ao controle externo. A relação do argumento com a LAI, todavia, decorreria de “conexão entre o dever de prestar contas e o princípio da transparência” (peça 371, p. 21) e que a determinação para que a FHE aplicasse a LAI relativamente a certas informações da Pouplex, a seu turno, “tiveram como fundamento o Decreto nº 7.724/2012” (peça 371, p. 22), normativo que regulamenta a LAI.

33. Passando ao tema das “prerrogativas” da FHE, que conduziu a deliberação anterior à conclusão de que a FHE administraria recursos públicos porquanto “recebe imóveis da União em permuta” (peça 371, p. 23), a AudRecursos pondera que o art. 30 da Lei nº 6.855/1980 autoriza o Ministério do Exército, inclusive, a doar imóveis à FHE, desde que sua “utilização ou exploração não atenda mais às necessidades do Exército”.

34. Menciona que os parágrafos daquele mesmo dispositivo estipulam, ainda, direito de preferência à FHE para aquisição dos imóveis postos à venda pelo Exército (§ 2º) e dispensa de licitação tanto as vendas quanto as permutas de imóveis havidas entre a FHE e a União e as entidades de sua Administração indireta (§ 3º).

35. No concernente às determinações alusivas à necessidade de realização de concurso público, a unidade técnica rechaça o argumento de que o art. 4º da Lei nº 7.750/1989 teria revogado o art. 20 da Lei nº 6.855/1980, porquanto existiriam indícios de que a Lei nº 6.855/1980 não teria sido ab-rogada (peça 371, p. 27-28). Rememora que o assunto vem sendo tratado desde o processo das contas anuais da FHE relativas a 2009 (TC 023.292/2010-5), tendo sido “sobrestado em 2015 até o julgamento, em definitivo, do mérito do TC 032.763/2010-7 (Denúncia), do TC-024.637/2013-0 (Representação), bem assim da Tomada de Contas Especial autuada por força do Acórdão 3.145/2013-Plenário” (peça 371, p. 29).

36. Sobre a necessidade de segregação entre a FHE e a Poupex, a AudRecursos aduz que “em relação à Poupex cabe a observância do princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, na contratação de seus colaboradores em razão da sistemática de repasses regulares de recursos da FHE a título de reembolso de despesas de pessoal” (peça 371, p. 32). Recapitula o fundamento da determinação em testilha, no sentido de que a acumulação de funções de direção colegiada (Presidência, Vice-Presidência e Diretoria) da FHE e da Poupex prevista no estatuto da associação foi considerada irregular pois seria incompatível com o art. 3º da Lei nº 6.855/1980 e inviabiliza a supervisão que a primeira deve exercer sobre a segunda, nos termos do art. 2º da Lei 7.750/1990 (peça 297, p. 14) e que, da leitura do art. 3º da Lei nº 6.855/1980 se denota a ingerência da FHE sobre a Poupex até porque a FHE foi criada para gerir a Poupex.³⁸ Entende, assim que a determinação desta Corte de Contas não tem o objetivo de segregar as entidades, mas sim de dar efetividade à lei, bem como garantir a observância dos princípios da impessoalidade e da segregação das funções (peça 371, p. 33).

39. A AudRecursos sustenta, em oposição à recorrente, que o termo “cessão” implica sempre e necessariamente “a perda da disponibilidade do colaborador cedido” (peça 371, p. 33), de modo que o exercício simultâneo das funções de direção colegiada não se amoldaria ao instituto.

40. Ademais, a unidade técnica defende que o “princípio da segregação de funções” (peça 371, p. 34) ampara as determinações em debate, fazendo alusão à norma técnica do Conselho Federal de Contabilidade, e sustenta, adicionalmente, que as diretrizes do Acórdão Recorrido se prestam a evitar conflito de interesse entre a FHE e a Poupex (peça 371, p. 35).

41. No tocante às determinações relacionadas à prevenção de situações que possam caracterizar favorecimento indevido em razão de laços familiares ou de relações pessoais, no âmbito da FHE e da Poupex, a AudRecursos observa que o Decreto nº 7.203/2010 estabelece a vedação a tais condutas na esfera da Administração Pública Federal. Destaca, ainda, que o Enunciado da Súmula nº 13 do Supremo Tribunal Federal possui idêntico propósito, abrangendo tanto a Administração direta quanto a indireta.

42. De maneira pertinente, a unidade remete ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Mandado de Segurança nº 63.160-RJ (Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 17/2/2021), segundo o qual, mesmo entidades que não administrem recursos públicos podem estar sujeitas à vedação de condutas configuradoras de favorecimento indevido em razão de laços familiares ou de relações pessoais, a depender do grau de vinculação institucional que mantenham com o Estado – a exemplo da delegação própria dos serviços notariais. Assim, a AudRecursos entende ser adequada a manutenção das determinações em apreço, inclusive quanto aos empregados da Poupex.

43. Na sequência, a AudRecursos trata da aplicabilidade da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos à FHE. Nessa seara, o primeiro argumento da unidade técnica reside no preceituado pelo art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República, que trata das competências legislativas da União. Com efeito, a unidade técnica entende que tal dispositivo “determinou que as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, são aplicáveis à administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (peça 371, p. 42). Em reforço, argumenta que as Leis nº 8.666/1993 e 14.133/2021 conceituam seu âmbito de abrangência como sendo a Administração Pública. O art. 18 da Lei nº 6.855/1980, ainda vigente no sentir da unidade técnica, também preceituaria a sujeição da FHE às regras gerais de licitação pública.

Aponta, ainda, o Acórdão 3.410/2010-Plenário (Rel. Min. Augusto Sherman), em que o TCU decidiu que seriam inválidas as regras contidas no regulamento de aquisições próprio da FHE – a saber, a Portaria 152/2007 – que contrariassem a então vigente Lei nº 8.666/1993. O entendimento dessa decisão teria sido reiterado via Acórdão 691/2021-Plenário (Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

44. Menciona, também, as alterações estatutárias determinadas à FHE e à Pouplex (subitem 9.2.2.7.2 e item 9.3 do Acórdão Recorrido), versando basicamente a respeito de critérios para preenchimento de cargos naquelas entidades.

45. A unidade técnica, olvidando-se de sua correta análise anterior (peça 346, quanto à admissibilidade do apelo), enfrenta o mérito do recurso quanto à recomendação exarada (item 9.3), concluindo que a medida proposta “se trata de questão que está na alçada da Fundação” (peça 371, p. 45).

46. Quanto à determinação (subitem 9.2.2.7.2), recorda que “não é apenas a natureza dos recursos [geridos] que definem as normas que regem a entidade” (peça 371, p. 44), reconhecendo que a FHE não é mantida com recursos financeiros do Orçamento Geral da União. Relembra, ainda, que a determinação em tela se ampara no Decreto nº 9.727/2019 – incidente, conforme seu art. 1º, à administração pública federal direta, autárquica e fundacional (peça 371, p. 44). Pondera, contudo, que o referido Decreto 9.727/2019 foi revogado pelo Decreto nº 10.829/2021, o qual “simplifica a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional” (peça 371, p. 45). Tratando do assunto em voga em seu art. 15 que dispõe, no caput e inciso II, que são critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo em comissão ou com a função de confiança para o qual tenha sido indicado.

47. Assim, a AudRecursos propugna por que a determinação do subitem 9.2.2.7.2. passe a contemplar o dispositivo acima transcrito como seu fundamento.

48. O MPTCU, em sua manifestação, não adere integralmente aos argumentos recursais como também diverge de alguns pontos da instrução técnica.

49. Quanto à natureza jurídica, registra que, eventual alegação de alheamento da FHE relativamente à Administração Pública não mereceria acolhimento, considerando que o art. 3º do Decreto-Lei 900/1969 fora revogado expressamente pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986, indicando a intenção legislativa de reconhecer o pertencimento de tais entidades à Administração Pública Indireta e, ainda que não houvesse a citada descontinuidade normativa no tratamento da matéria, inexistiria possibilidade de recepção de semelhante preceito pela Constituição da República de 1988. Nesse ponto, tendo a FHE sido reconhecida como integrante da Administração Pública mesmo antes do regime constitucional vigente, inexistia possibilidade de comparação com entidades que, embora criadas por leis anteriores à CR/1988, nunca integraram e até hoje permanecem à margem da Administração Pública (i.e. Decretos-Lei nº 4.048/1942, 9.403/1946, 8.621/1946, 9.853/1946).50.

Conclui, portanto, que a FHE consiste em fundação pública e, assim, insere-se na estrutura da Administração Pública indireta, sujeita-se a determinado conjunto de preceitos normativos de ordem pública, uma vez que mesmo as entidades públicas ditas “de direito privado” se submetem a um núcleo inarredável de injunções publicistas, restando investigar, portanto, quais preceitos sobre ela incidem, para além do art. 37 da Constituição de 1988, de forma a aquilatar o mérito do apelo relativamente a cada subitem da deliberação recorrida.

51. Seguindo essa premissa, o MPTCU, no que se refere à classificação da informação provida pela FHE (subitem 9.2.1), quanto à classificação de documentos já juntados aos autos e tenciona resguardar interesses comerciais da FHE, na eventualidade de alguma das informações neles contida apresentar natureza sigilosa. Depreende que a determinação do subitem 9.2.1 tem por escopo acomodar os requisitos de publicidade dos autos com o grau de confidencialidade legalmente conferido à atividade “comercial, profissional ou industrial”, nos termos da art. 11, inciso III, da

Resolução TCU 294/2018. Esse ato normativo, em seu art. 6º, *caput*, dispõe que as informações custodiadas pelo TCU devem “reproduzir a classificação atribuída na origem”.

52. Dessa forma, defende que embora tenha sido exarada na forma de determinação e tenha evocado o Decreto nº 7.724/2012 como seu fundamento, considera não haver sucumbência à FHE na diretiva veiculada pelo subitem 9.2.1 do Acórdão em questão.

53. Defende que a classificação da informação fornecida se amolda ao conceito de ônus jurídico formulado por Miguel Reale Júnior em sua obra “Lições Preliminares de Direito”: trata-se de ato **facultado** à parte, cujos efeitos, de seu interesse, somente são eventualmente alcançáveis mediante sua prática. Nesse sentido, a classificação da informação assemelha-se ao recurso: embora não haja dever de recorrer, a parte somente pode obter a revisão do decidido se o fizer.

54. Afirmo o MPTCU que, caso não atendida a interpelação para classificar a informação produzida pelo jurisdicionado, a própria norma prevê a solução a se adotar que seria: a) caso a diligência que a tenha solicitado tenha explicitado a necessidade de classificá-la, será tornada pública, se “não classificada pelo órgão de origem” (art. 6º, parágrafo único, da Resolução TCU 294/2018); ou caso a diligência não o tenha feito, será aplicada “provisoriamente a chancela ‘Pendente de classificação’”, conforme dispõe o art. 5º, parágrafo único, da mesma resolução.

55. No caso concreto, repara que as informações de que trata o subitem 9.2.1 foram solicitadas pelo Acórdão 192/2020-Plenário (Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa), juntado à peça 206, cujo teor foi comunicado à FHE mediante o ofício de peça 207. O mencionado ofício contempla orientações quanto à classificação das informações a serem prestadas (peça 207, p. 3, item ‘d’), satisfazendo a condição da hipótese ‘a’ acima.

56. Diante do exposto, demonstrada a falta de interesse recursal quanto ao subitem 9.2.1 do Acórdão 841/2023-Plenário, o Ministério Público de Contas pugna porque dele não seja conhecido neste ponto específico. Todavia, prudencialmente, opina também para que não se confira cumprimento imediato ao art. 6º, parágrafo único, *in fine*, da Resolução TCU 249/2018, renovando-se o prazo concedido à FHE para que informe o tipo de confidencialidade associada às sobreditas peças 227 a 230.

57. Quanto à aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação, subitens 9.2.2.1.1 e 9.2.2.1.4, salienta-se que a determinação se fundamenta no art. 8º, inciso IV, da LAI e que a AudRecursos, a seu turno, acrescenta que a “conexão entre o dever de prestar contas e o princípio da transparência igualmente ampararia a determinação em tela” (peça 371, p. 21).

58. Segundo o MPTCU, a premissa em que se legitima o comando acima – qual seja, a aplicabilidade da LAI à FHE – é contestada pela recorrente, sob o argumento de que a Lei nº 7.750/1989, via seu art. 4º, exclui a FHE “do campo de incidência das normas gerais da Administração Indireta” (peça 371, p. 21). Recordamos que a AudRecursos levanta dois argumentos em contrário a essa premissa recursal: i) “tal artigo não deve ser interpretado isoladamente” (peça 371, p. 21), não tendo sido provido outro dispositivo legal que conduzisse a interpretação diversa da fornecida pela FHE; e ii) o próprio art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989 reitera que o art. 70, parágrafo único, da Constituição aplica-se à FHE e, devido à referida “conexão” entre controle externo e transparência, a LAI seria aplicável à FHE.

59. Sobre a questão, o *Parquet* pondera que cabe examinar o argumento recursal com mais atenção, já que a unidade técnica, ao inicialmente afirmar que o artigo “não deve ser interpretado isoladamente”, em verdade nega-lhe a sua normatividade. Entende, ainda, que tampouco a submissão da FHE ao controle previsto no art. 70 e seguintes da Constituição parece conduzir à conclusão de que a LAI teria aplicação cogente à FHE.

60. Argumenta que a redação do dispositivo legal evocado pela FHE não busca afastar a incidência de normas constitucionais, nem poderia fazê-lo, mas tão somente de “disposições legais e regulamentares”. Consigna que, nesta altura, que não houve revogação da *lex specialis* acima, nem foi levantada controvérsia acerca de sua constitucionalidade durante seus 35 anos de vigência.

61. Na sequência, pondera que são seis as hipóteses para se afastar o Direito legislado, segundo consagrada lição de Lenio Streck (STRECK, Lenio L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In*: Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010), que consigna que não podemos cumprir a lei só quando nos interessa, explicitando que o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias, c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição, d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo, f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio.

62. Assim, cotejando o Voto condutor da decisão recorrida, em confronto com as hipóteses lançadas, o MPTCU chega à conclusão que: a FHE é fundação pública e, portanto, sujeita ao regramento constitucional aplicável à Administração Pública, inclusive o princípio da publicidade; que o princípio da publicidade não se confunde com a observância da LAI, considerada a própria definição e natureza irredutível dos princípios jurídicos; embora a FHE ostente o dever jurídico-constitucional de prestar informações ao público (art. 5º, XXXIII, da Constituição), nota que a LAI é *lex generalis* em relação à Lei nº 7.750/1989, de modo que as “disposições legais e regulamentares” da LAI não ostentam aplicação cogente àquela fundação, em vista do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989; caso o legislador tencionasse submeter a FHE aos ditames da LAI, teria de o fazer expressamente, assim restringindo o alcance da *lex specialis* (art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989), ou simplesmente incluído o mencionado art. 4º entre suas cláusulas de revogação (art. 46 da LAI); e a fim de atender o art. 5º, XXXIII, da Constituição, cumpre à FHE instituir prazos e procedimentos internos próprios, se ainda não o fez.

63. Em consequência, o *Parquet* opina por que o Tribunal proveja o recurso em análise no tocante aos subitens 9.2.2.1.1 e 9.2.2.1.4 do Acórdão 841/2023-Plenário, suprimindo-os.

64. Com relação ao subitem 9.2.2.1.2, que se refere à aplicabilidade da Lei de Responsabilidade Fiscal, registra que a determinação se baseia não apenas na LAI, como também na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF, Lei Complementar 101/2000) para determinar à FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote providência, em prazos contados da ciência da deliberação para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre receitas, despesas e execução orçamentário-financeira, a teor dos arts. 48, inciso II, e 48-A da Lei Complementar nº 101/2000 e do art. 8º, § 1º, inciso III, da Lei nº 12.527/2011.

65. Quanto à aplicabilidade da LAI à FHE, o MPTCU afirma já ter concluído negativamente, sendo distinta, todavia, a conclusão acerca da aplicabilidade da LRF. Segundo seu entendimento em análise anterior do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989, não incidem sobre a FHE as disposições legais e regulamentares aplicáveis às demais fundações públicas, não havendo motivo reconhecido para negar-lhe normatividade (inconstitucionalidade declarada etc.). Assegura que, por óbvio, não poderia a Lei nº 7.750/1989 decotar qualquer imposição constitucional à FHE.

66. Assim sendo, o MPTCU defende que eventual antinomia entre o art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 e do dispositivo de lei complementar, de que é exemplo a LRF, não passa de conflito aparente de normas. Isso porque, tendo a Constituição reservado determinada matéria a lei complementar, descaberia à legislação ordinária dela tratar, sob pena de oposição à própria Lei Fundamental. Não se trata, pois, de hierarquia entre a lei complementar e a ordinária, mas sim entre a Constituição e a legislação infraconstitucional.

67. Repisando: concluiu que excluir a aplicação da LRF em vista de dispositivo de lei ordinária, ainda que considerada *lex specialis*, conflitaria com o dispositivo constitucional que reserva

tal matéria à lei complementar – ofendendo, neste caso concreto, o art. 163 da Constituição (“Lei complementar disporá sobre [...]”), parcialmente regulamentado pela LRF. Diante do exposto, opina por que o TCU denegue o recurso de reconsideração da FHE no tocante ao subitem 9.2.2.1.2 do Acórdão 841/2023-Plenário.

68. No que toca ao subitem 9.2.2.1.3, que se refere à aplicabilidade da Portaria Interministerial 140/2006 da CGU/MPOG, que determina à FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre diárias e passagens, nos termos do art. 15 da Portaria Interministerial 140/2006 da CGU/MPOG, o *Parquet* afirma que consultando a ementa da referida portaria, nota ter sido produzida “em cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 2º do Decreto 5.482, de 30 de junho de 2005”. Por sua vez, o referido edito, atualmente revogado pelo Decreto 11.529/2023, consistia em decreto autônomo, expressão da atribuição conferida pelo art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição. Assim, trata-se, em síntese, da iniciativa chamada “Portal da Transparência” (art. 1º do Decreto nº 5.482/2005), associada à “página denominada Transparência Pública” (art. 2º da Portaria Interministerial CGU/MPOG 140/2006) e que se aplica aqui as considerações idênticas às lançadas quando da análise do subitem 9.2.2.1.1, não havendo motivo válido para afastar a aplicabilidade do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989 e conclui que a determinação em apreço, ao contrapor portaria interministerial (calcada em decreto autônomo) a artigo de lei, incorre em inversão da hierarquia das normas. Assim, opina por que se proveja o recurso em tela relativamente ao subitem 9.2.2.1.3 do Acórdão 841/2023-Plenário, suprimindo aquela diretriz.

69. Quanto ao subitem 9.2.2.1.5, que trata da aplicabilidade da Lei nº 13.460/2017, o MPTCU vislumbra que a determinação intenciona se escorar tanto na LAI quanto na Lei nº 13.460/2017 (“dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”) e que mencionado subitem determina à FHE que adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre: relatório estatístico sobre os pedidos de acesso à informação, segundo o art. 30, inciso III, da Lei nº 12.527/2011 e os arts. 14, inciso II, e 15 da Lei nº 13.460/2017.

70. O *Parquet* registra que embora não se enquadre propriamente no conceito de “serviço público” formulada pela doutrina administrativista predominante, a atividade da FHE amolda-se à definição encartada no art. 2º, inciso II, da Lei nº 13.460/2017 (“II – serviço público – atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”). Isso porque, em vez de avaliar a natureza do serviço, o dispositivo legal enfoca exclusivamente a entidade prestadora. De toda forma, reitera que o art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989, em pleno vigor, representa empecilho à aplicabilidade da Lei nº 13.460/2017, por se tratar de *lex specialis* relativamente à fundação. Remete, neste ponto, à análise desenvolvida acerca do subitem 9.2.2.1.1, e diante das mesmas razões, opina pelo provimento da pretensão recursal no que tange ao subitem 9.2.2.1.5 do Acórdão 841/2023-Plenário, qual seja, a supressão da determinação ali encartada.

71. No tocante à aplicabilidade dos Decretos nº 9.727/2019 e 7.724/2012, assevera que as determinações dos subitens 9.2.2.1.6, 9.2.2.1.7 e 9.2.2.7.2 fundamentam-se no Decreto nº 9.727/2019, revogado pelo Decreto nº 10.758/2021, a seu turno amplamente derogado pelo Decreto nº 10.829/2021 e no Decreto nº 7.724/2012. O objeto do decreto que norteou os subitens 9.2.2.1.6 e 9.2.2.7.2, em essência, consiste em regulamentar “a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, conforme ementa do decreto mais recente (Decreto nº 10.829/2021). O Decreto nº 7.724/2012, a seu tempo, regulamenta a LAI, definindo “procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso” (art. 1º).

72. Ante isso, o Ministério Público conclui assistir razão à recorrente, considerando o exame realizado acerca da normatividade do art. 4º, caput, da Lei nº 7.750/1989, tal como registrado quando da análise do subitem 9.2.2.1.1 do Acórdão em tela. Acrescenta àquela análise o fato de que as determinações em tela superpõem decretos à lei ordinária válida, subvertendo a hierarquia das normas. Assim, opina pelo provimento do apelo no que respeita aos subitens 9.2.2.1.6, 9.2.2.1.7 e 9.2.2.7.2 em apreço.⁷³ No que tange à aplicabilidade da IN TCU 84/2020 (subitens 9.2.2.1.8 e 9.2.2.2) que determina à FHE que adote medidas necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre links para todos os relatórios e informes de fiscalização produzidos pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo controle externo relacionados à FHE e que tenham sido levados a seu conhecimento, incluindo os resultados das denúncias e representações processadas pelo TCU, com as eventuais providências adotadas em decorrência dos apontamentos da fiscalização, com respaldo no disposto no art. 7º, inciso VII, alínea “b”, da Lei 12.527/2011 e no art. 9º, § 4º, da Instrução Normativa TCU 84/2020 e que passe a informar no seu portal na internet informações acerca dos empreendimentos habitacionais comercializados ou em comercialização no exercício, em atenção ao princípio da transparência e ao disposto nos arts. 3º, inciso I, e 4º, inciso X, da Instrução Normativa TCU 84/2020.

74. Afirma que, como já demonstrado, a LAI não é aplicável à FHE por efeito do art. 4º, caput, da Lei 7.750/1989 (*lex specialis*). Todavia, o mesmo dispositivo sublinha, de forma redundante, que as prescrições constitucionais relativas ao controle externo se aplicam à FHE. Mais especificamente, o art. 4º da Lei 7.750/1989, que explicitamente se refere ao art. 70 da Constituição, o qual estipula, entre outros, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, “quanto à legalidade, legitimidade, economicidade” será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo.

75. Segue registrando que o artigo constitucional seguinte disciplina que o controle externo “é exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União”. Para tanto, e a exemplo de outros órgãos, o TCU estrutura a forma pela qual desempenha suas atribuições mediante portarias, decisões normativas e instruções normativas, estas endereçadas aos jurisdicionados. Entre tais atos normativos externos, destacam-se as instruções normativas vocacionadas a organizar o processo de apresentação das contas, de que é exemplo a IN TCU 84/2020.

76. Conclui, portanto, que a IN TCU 84/2020, bem como os demais atos normativos editados pelo TCU, a fim de operacionalizar seu mister constitucional, aplicam-se à FHE, no que couber às fundações públicas. Todavia, a *quaestio deducta* refere-se à possibilidade de fundamentar as determinações transcritas acima na IN TCU 84/2020, uma vez que, conforme demonstrado, a LAI não encontra aplicação junto à FHE. Nesse ponto, transcreve os dispositivos da IN TCU 84/2020 estampados nos subitens 9.2.2.1.8 e 9.2.2.2 do Acórdão Vergastado.

77. Observa que a determinação do subitem 9.2.2.1.8 é transcrição, com ajustes, do art. 9º, § 4º, da IN TCU 84/2020, encontrando aí sua plena fundamentação. Nesse ponto, e diante do exposto, não vislumbra motivo para êxito da impugnação ao subitem 9.2.2.1.8. Opina, assim, que o recurso deve ser denegado nesta seara.

78. Contudo, percebe que o subitem 9.2.2.2 do aresto em tela pretende veicular comando concreto e detalhado a partir de dispositivos da IN TCU 84/2020 com teor programático, enquanto o art. 3º, inciso I, versa sobre finalidade da prestação de contas – não tratando, especificamente, de portal na internet –, o art. 4º, inciso X, menciona princípio para elaboração de contas, igualmente sem detalhar forma específica de atuação. Verifica, portanto, disjunção entre a fundamentação e o teor do subitem 9.2.2.2 (art. 3º, I, da IN TCU 84/2020), bem assim considera indemonstrado que as providências ali veiculadas constituem meio necessário e suficiente para atender o referido princípio para a elaboração de contas (art. 4º, X, da mesma IN), ponderação tradicionalmente associada ao exame de proporcionalidade *lato sensu* e, mais recentemente, adensado no art. 20, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/1942). Opina, assim, pelo provimento do recurso atinente ao subitem 9.2.2.2 do Acórdão 841/2023-Plenário.

79. No que tange à aplicabilidade dos princípios administrativo-constitucionais o subitem 9.2.2.3, que determina à FNE que normatize os critérios a serem observados na participação e na seleção dos interessados em adquirir os imóveis comercializados, em atendimento aos objetivos institucionais da entidade, aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e da impessoalidade, e os princípios administrativos da publicidade, razoabilidade, isonomia, igualdade e motivação dos atos administrativos, defende que, caracterizada a FHE como fundação pública, a aplicabilidade dos princípios constitucionais sobre sua atuação torna-se inconteste. Na sua opinião técnica, a normatização dos critérios para aquisição dos imóveis comercializados é medida necessária e suficiente para concretizar os sobreditos princípios, em especial o da legalidade e o da impessoalidade. Com efeito, não vislumbra mecanismo assecuratório da observância desses princípios sem que tais critérios sejam formalizados e disponibilizados para conhecimento público.

80. Entende, assim, satisfeitos os requisitos do art. 20 da LINDB, uma vez que tanto as “consequências práticas da decisão” (*caput*) quanto “a necessidade e a adequação da medida imposta” (parágrafo único) podem ser consideradas como razoáveis. Nesse passo, opina pelo indeferimento do recurso de reconsideração em tela no que concerne ao subitem 9.2.2.3, a fim de preservar a determinação nos termos em que fora emitida.

81. No tocante aos valores devidos à Pouplex e dimensionamento da força de trabalho (subitens 9.2.2.4 e 9.2.2.5.1), salienta, inicialmente, a competência constitucional do TCU para emitir determinações à FHE no exercício da fiscalização das entidades da Administração Pública indireta (art. 70, *caput*, c/c o art. 71, *caput*, ambos da Constituição) e, quanto ao conteúdo das diretrizes mencionadas, nota que o subitem 9.2.2.4 concita a FHE a produzir estimativa de determinada sorte de dispêndio realizado, deixando à fundação o desenvolvimento da citada “medida de cálculo”. O subitem 9.2.2.5.1, por sua vez, busca induzir a FHE a realizar providência básica de planejamento (dimensionamento do quadro de pessoal), sem, contudo, estipular metodologia específica (macroprocessos etc.).

82. Assevera que, ainda que a fundamentação dos itens não venha explícita, repara que os princípios informadores da Administração Pública, máxime os da publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, in fine, da Constituição), amparam ambas as diretivas. Ademais, conforme demonstrara no comentário aos itens subsequentes, os arts. 1º e 6º da Lei nº 6.855/1980 e 1º e 2º da Lei nº 7.750/1989, mencionados na determinação, permanecem vigentes. Assim, afirma não observar desproporcionalidade entre a determinação e o fim a que se destina. Ilustrativamente, entende não ser plausível considerar que as medidas determinadas não contribuam para o atingimento do objetivo colimado (adequação), ou que tenham sido fixadas em intensidade além da necessária (suficiência).

83. Ante isso, por entender não haver *error in iudicando* relativamente aos subitens 9.2.2.4 e 9.2.2.5.1, o Ministério Público propugna sua manutenção, negando-se provimento ao Recurso de Reconsideração no pertinente às duas determinações em causa.

84. Relativamente à aplicabilidade do art. 20 da Lei 6.855/1980 (concurso) (subitens 9.2.2.5.2, 9.2.2.5.3, 9.2.2.7.4 e 9.2.3.2), a fundamentação dos itens mencionados remete aos artigos 3º e 20 da Lei nº 6.855/1980, para determinar à FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências, em prazos contados da ciência desta deliberação, para apresentar plano de ação, contendo, no mínimo, a descrição das ações a serem adotadas, os respectivos responsáveis e prazos de implementação, com vistas a realizar concurso público para provimento da estrutura de pessoal mencionada no subitem 9.2.2.5.1, ainda que de modo gradual, de forma a satisfazer à exigência do **art. 20** da Lei nº 6.855/1980, exceto para as funções de confiança e que, enquanto perdurar a sistemática de repasses regulares de recursos da FHE a título de reembolso de despesas de pessoal da Pouplex, assegurar que os colaboradores da Associação sejam recrutados mediante processo seletivo, de modo a garantir a observância do princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, além de adotar medidas para promover adequações no seu Estatuto análise da matéria, portanto, recai sobre a relação entre a Lei nº

7.750/1989 e a Lei nº 6.855/1980, já adiantada no Voto que acompanhou a deliberação recorrida (peça 297, p. 18).

85. Segundo o *Parquet*, mesmo após a edição da Lei nº 7.750/1989, foi preservada a força cogente dos dispositivos específicos da Lei nº 6.855/1980 destinados ao Sistema FHE/Poupex, dado que tal diploma legal não foi ab-rogado. Mais especificamente, cumpre averiguar em que extensão ocorreu revogação da lei antiga pela mais recente. Nesse campo, é insuficiente a regra geral de que a *lex posterior* revoga a anterior somente naquilo em que com ela colidir, porquanto o art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989 afasta da FHE a aplicação de “outras disposições legais e regulamentares relativas [...] às fundações públicas”, aí se incluindo a própria Lei nº 6.855/1980. Em suma, pode haver temas versados na Lei nº 6.855/1980 que, mesmo não tendo sido tratados posteriormente pela Lei nº 7.750/1989, perderam validade por força do art. 4º, *caput*, do novo diploma.

86. Assim, continuando o raciocínio, o MPTCU assegura que, tomado isoladamente, o referido art. 4º, *caput*, aparentemente abrangeria a totalidade dos preceitos contidos da Lei nº 6.855/1980, salvo pela “obrigação instituída nos arts. 16 e 17 da referida lei”, ressalvados em seu parágrafo único. Essa interpretação, entretanto, é paradoxal e não pode vicejar. Os artigos iniciais da Lei nº 6.855/1980 tratam da constituição da FHE (**arts. 1º a 4º**), seus objetivos (arts. 6º e 7º) etc., não podendo ser considerados revogados, sob pena de lançar a fundação em vácuo jurídico. Afirma que a própria ementa e o art. 1º da Lei nº 7.750/1989 proclamam a **ampliação** das atividades da FHE, de modo que os dispositivos da Lei nº 6.855/1980 que disso tratam subentendem-se igualmente preservados.

87. Por outro lado, em relação às “obrigações”, a Lei nº 7.750/1989 é expressa a resguardar apenas dois artigos da Lei nº 6.855/1980, a saber, os arts. 16 e 17. Não havendo capítulo ou seção da Lei nº 6.855/1980 que aglutine as obrigações da FHE, e faltando à lei posterior maiores esclarecimentos sobre o tema, entende restar inferir o sentido do termo a partir das menções realizadas pelo próprio legislador. A partir disso, se deduz que o assunto, portanto, consiste na sistemática de prestação de contas do “sistema FHE-Poupex”. Dessume, assim, que o legislador se referiu por “obrigações” aos deveres legais da FHE, de que também são exemplos as “compras, obras, serviços e alienações da Fundação” (art. 18 da Lei nº 6.855/1980), bem assim a “contratação de empregados pela Fundação” (art. 20 da mesma lei). Ambos os temas exemplificados deixaram de ser mencionados no bojo do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.750/1989, que os excepcionaria da revogação.

88. Em virtude do exposto, o *Parquet* conclui que tais dispositivos (arts. 18 e 20 da Lei nº 6.855/1980) não mais vigem, tendo sido revogados por *lex posteriori* com presunção de validade. Nada obstante, registra que no momento de publicação da Lei nº 7.750/1989, já vigoravam os incisos I e II do art. 37 da Lei Fundamental, cuja redação originalmente dispunha que “a administração pública direta, **indireta ou fundacional**, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei; II – a investidura em cargo ou **emprego público** depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

89. Recorda que a FHE já se encontrava indubitavelmente inserida na Administração Pública naquele momento (revogação do Decreto-Lei nº 900/1969 pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986), conclui que o dever jurídico de realização de concurso público não deflui mais do art. 20 da Lei nº 6.855/1980, mas sim diretamente do próprio texto constitucional.

90. Pondera o *Parquet*, que o dever de realização de concurso público não se vincula à administração ou não de recursos públicos pela entidade pública (e, por conseguinte, ao pagamento dos empregados com recursos públicos ou não), e sim pelo pertencimento da entidade à estrutura da Administração Pública, conforme determina o *caput* do art. 37 da Constituição. O motivo para tanto exsurge no inciso I daquele dispositivo constitucional: a isonomia no acesso a tais cargos. Nesse panorama, o Ministério Público opina pelo desprovimento do pedido recursal de obliteração dos subitens 9.2.2.5.2 e 9.2.2.7.4. do Acórdão 841/2023-Plenário.

91. Quanto ao pedido alternativo do item 5.3 do expediente recursal (peça 340, p. 24), entende que a questão se relaciona à eventual aplicabilidade à FHE da Lei nº 8.112/1990, a qual “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, bem como à possibilidade de compartilhamento de pessoal entre a FHE e a Pouplex, em aderência ao tratamento dado pela legislação trabalhista ao grupo econômico, extraído do art. 2º, §§ 2º e 3º do Decreto-Lei nº 5.452/1943, ou Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e da Súmula 129 da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

92. Afirma que, embora sejam-lhe inafastáveis as normas irradiadas diretamente pela Constituição (e.g. dever de realização de concurso público), vê-se que o art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.750/1989 exime a FHE da incidência de disposições legais endereçadas às autarquias, às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração indireta. Ademais, por constituir-se a FHE em fundação pública de direito privado, a ela não se aplica o regime estatutário da Lei nº 8.112/1990, inerente ao regime preponderantemente público, próprio das pessoas jurídicas ditas de direito público. Registra que, como bem esclarece, em sede doutrinária, o Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, às fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, como é o caso da FHE, somente não são aplicáveis as normas privatistas “quando forem expressamente derogadas pela Constituição Federal” (*Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: ed. Fórum, p. 162, 2016.)

93. Quanto à intenção de compartilhamento de pessoal entre a FHE e a Pouplex, em vista de suposta comunhão de interesses entre as entidades e da alegada sinergia e eficiência que a prática possibilitaria, ao atrair o tratamento jurídico dado ao grupo econômico no direito do trabalho, não vislumbra, *a priori*, óbice jurídico à referida estratégia, desde que adotada de forma devidamente motivada e, como bem pontuado pela recorrente, em observância aos princípios constitucionais da Administração Pública, inscritos no *caput* do art. 37 da Lei Fundamental.

94. Tem como importante esclarecer que o compartilhamento de pessoal entre entidades que demonstrem interesse integrado ou efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta (art. 2º, § 3º, da CLT) não implica a coexistência de mais de um contrato de trabalho, nos termos da Súmula 129 do TST, mas a solidariedade dos tomadores do serviço pelas obrigações decorrentes da relação de emprego (art. 2º, § 2º, da CLT) e que, inobstante a legislação e a aludida súmula referir-se a “empresa” e “grupo econômico”, em aderência ao conceito estrito de empregador do art. 2º da CLT (empregador-empresa), o referido tratamento legislativo/jurisprudencial se estende aos empregadores em sentido amplo (ou “equiparados”, nos criticados termos do art. 2º, § 1º, da CLT), não se restringindo às empresas propriamente ditas. Afirma que é o que se observa na jurisprudência do TST (e.g. TST-AIRR-636/2004-026-05-40.3 e TST-AIRR-6-83.2011.5.06.0016).

95. Inclusive, o MPTCU afirma que tal tratamento foi especificamente considerado aplicável ao “sistema FHE-Pouplex” pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em precedente qualificado no qual preponderaram as considerações da Exmª Des. Revisora Elk Doris Just, transcritas no Voto Condutor do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 582-91.2013.5.10.0017.

96. Defende que a integração do regime jurídico empregatício com a principiologia constitucional da Administração Pública impõe a adoção de um regime jurídico híbrido, como bem identifica o Subprocurador Lucas Rocha Furtado, impondo a observância da “legislação trabalhista prevista na CLT, com eventuais derrogações definidas pela Constituição Federal ou por outras leis extravagantes. Sobre o assunto menciona que o Subprocurador Lucas Rocha Furtado afirma que a demissão dos empregados pressupõe processo administrativo e a indicação das razões da demissão não importa em que ela somente possa ocorrer com justa causa. Poderão ser demitidos sem justa causa, desde que haja a devida motivação (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: ed. Fórum, p. 779, 2016).

97. Na sequência, o MPTCU avalia que, o pretendido compartilhamento de pessoal entre FHE e Pouplex, significa a inevitável contaminação do regime jurídico de contratação e gestão de pessoal

desta última pela mesma principiologia regente dos vínculos trabalhistas da FHE – por sua condição de fundação pública de direito privado e parte integrante da Administração Pública indireta –, inclusive no que tange à obrigatoriedade de se realizar processo seletivo público e impessoal de contratação, em aderência ao art. 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição Federal. Daí porque entende igualmente adequada a determinação constante do subitem 9.2.2.5.3, que impõe que, enquanto perdurar a utilização, pela FHE, da força de trabalho da Poupex, o recrutamento desta última também deverá se dar por meio de processo seletivo público e impessoal, em consonância com os princípios do supramencionado art. 37, *caput*.

98. Diante dessas considerações, o *Parquet* opina pelo acolhimento parcial do pedido alternativo mencionado acima (item 5.3, peça 340, p. 24), relativo ao subitem 9.2.2.5.2, propondo que sua redação seja ajustada em vista do discorrido acima:

Onde se lê:

9.2.2.5.2. realizar concurso público para provimento da estrutura de pessoal mencionada no subitem 9.2.2.5.1 acima, ainda que de modo gradual, de forma a satisfazer à exigência do art. 20 da Lei nº 6.855/1980, exceto para as funções de confiança.

Leia-se:

9.2.2.5.2. elaborar regras próprias relacionadas ao processo seletivo de pessoal da FHE (ou do denominado Sistema FHE-Poupex), se já não o fez, em atenção ao art. 37, incisos I e II, da Constituição, contemplando os princípios expressos no *caput* daquele dispositivo, em especial a publicidade e a impessoalidade.

99. Quanto ao subitem 9.2.2.5.3, entende assistir razão à unidade técnica ao prescrever a sua manutenção, de modo que opina pela denegação do Recurso de Reconsideração no que tange à aludida determinação.

100. Já no que tange ao subitem 9.2.2.7.4, igualmente opina pelo indeferimento da pretensão recursal – mas, não obstante, identifica a necessidade de pontual ajuste na fundamentação da determinação:

Onde se lê:

9.2.2.7.4. ao art. 20 da Lei nº 6.855/1980, segundo o qual a contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) será feita por concurso público, nos termos do subitem 9.2.2.5.2 acima, exceto para as funções de confiança.

Leia-se:

9.2.2.7.4. ao art. 37, incisos I e II, da Constituição, em virtude do qual a contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) deve ser feita por concurso público, nos termos do subitem 9.2.2.5.2 acima, exceto para as funções de confiança.

101. O MPTCU aduz que, conforme sublinhado no Voto que precedeu a deliberação adversada (peça 297, p. 18-19), convém que a FHE primeiramente dimensione a força de trabalho necessária para o desempenho de suas atribuições (subitem 9.2.2.5.1 do Acórdão) para que possa, logo em seguida, realizar concurso público com número de vagas adequado àquele dimensionamento. Assim, privilegiando a lógica e as boas práticas referidas no excerto do Voto que transcreve, a realização de concurso somente após definição do perfil e estimativa do quadro de pessoal necessário, entende que a determinação do subitem 9.2.3.2 deve suceder a do subitem 9.2.2.5.1, convindo não lhe especificar prazo autônomo, e sim atrelado à da determinação precedente. Assim, opina por que se altere a redação do subitem 9.2.3.2 da seguinte maneira:

Onde se lê:

9.2.3. no prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

[...]

9.2.3.2. realize o primeiro concurso público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 acima;

Leia-se:

9.2.3-A: no prazo de 180 (dias) dias **a contar do cumprimento do subitem 9.2.2.5.1** acima, realize o primeiro concurso público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 acima;

102. O MPTCU registra, quanto à aplicabilidade do Decreto nº 7.203/2010 (subitem 9.2.2.6), que o amparo legal para a determinação vem expressa como sendo o Decreto nº 7.203/2010, o qual “dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal”: novamente, a fundamentação aventada (Decreto nº 7.203/2010) esbarra, no seu entender, em *lex specialis* a dispor que à FHE “não se aplicam outras disposições legais e regulamentares relativas [...] às fundações públicas” (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.750/1989). Assim, não serviria tal Decreto como supedâneo da determinação em comento.

103. Assegura, que o caso apresenta, entretanto, particularidade que teria sido comentada com propriedade pela AudRecursos, em sua instrução de mérito (peça 371, p. 38-41). A Súmula Vinculante 13 do STF, disciplina *in verbis*, que a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício em cargo em comissão ou de confiança, ou ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal.

104. Registra que, do Voto deste julgado extrai-se que o embasamento para o posicionamento adotado foi o conteúdo principiológico do *caput*, do art. 37, da Constituição Federal. Assim, a questão crucial que aqui se revela é a desobediência aos ditames constitucionais, a que, inquestionavelmente está submetida a FHE.

105. Registra, ainda, que antes mesmo da edição do Decreto nº 7.203/2010 o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, no RE 579.951-4, concluiu “que a vedação ao nepotismo não exigia a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (j. 20/8/2008, DJE 202 de 24/10/2008, Tema 66)”. Assegura, assim, que pouco há em que complementar a análise da AudRecursos, salvo por menção à Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.094 (Rel. Min. Edson Fachin, j. 27/9/2019, p. 15/10/2019), cuja ementa transcreve.

106. Comungando das conclusões da unidade técnica – máxime quanto à assertiva de que “a questão crucial que aqui se revela é a desobediência aos ditames constitucionais” (peça 371, p. 39), propugna pelo indeferimento do apelo neste ponto, cominado a singelo ajuste no fundamento da determinação a ser mantida, qual seja:

Onde se lê:

9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possível nepotismo na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no disposto pelos arts. 3º, § 1º, 5º, parágrafo único, e 6º, inciso I, do Decreto nº 7.203/2010;

Leia-se:

9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possível nepotismo na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou

dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no Enunciado de Súmula Vinculante nº 13 do STF;

107. No que tange à aplicabilidade do art. 3º da Lei nº 6.855/1980 (subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1), a fundamentação da determinação remete ao art. 3º da Lei nº 6.855/1980. Novamente, a análise da matéria recai sobre a relação entre a Lei nº 7.750/1989 e a Lei nº 6.855/1980 ou, mais especificamente, em que extensão ocorre revogação desta por aquela. Remetendo à leitura da análise desenvolvida quanto aos [subitens 9.2.2.5.2, 9.2.2.7.4 e 9.2.3.2](#), pondera que os artigos iniciais da Lei nº 6.855/1980 tratam da constituição da FHE (arts. 1º a 4º) e seus objetivos (arts. 6º e 7º), não podendo ser considerados revogados sem engendrar verdadeiro limbo jurídico para a entidade.

108. Conclui, portanto, que a vigência do art. 3º da Lei nº 6.855/1980 restou inabalada pela edição da Lei nº 7.550/1980. O MPTCU entende caber, todavia, reexaminar o sobredito dispositivo provê adequado fundamento para a determinação inquinada. Volvendo à análise da pretensão recursal, consideramos oportuno esclarecer que o tema não trata de acumulação remunerada de cargos públicos (art. 37, inciso XVI, da Constituição), porquanto a Pouplex é entidade privada, alheia à estrutura da Administração Pública.

109. Assim, defende a necessidade de averiguar se a participação dos cedidos e designados pela FHE na Pouplex amolda-se ou assemelha-se a seguinte situação: a) a cessão de servidor público “para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios”, conforme art. 93 da Lei nº 8.112/1990, conforme fundamentou o Voto Condutor do Acórdão Recorrido; b) a indicação de servidor público para atuar como administrador, ou seja, membro do Conselho de Administração ou da Diretoria da empresa estatal (“entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à União”), conforme definidos no art. 2º, incisos I e VII, da Lei nº 8.945/2016), nos termos do art. 28, § 6º, da Lei nº 8.945/2016); c) participação de servidor público “na composição de conselho ou diretoria de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.790/1999); d) indicação de agente público para composição de Conselho de Administração ou Diretoria de entidade privada, portanto alheia à estrutura da Administração Pública, como nos exemplo da Embraer, Companhia Vale do Rio Doce, e Instituto de Resseguros do Brasil (IRB Brasil).

110. Ante as informações que registra, o MPTCU entende que a determinação constante dos subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1 não encontra fundamento na Lei nº 8.112/1990 por dois motivos capitais. Primeiramente, porque, conforme já consignado, a Lei nº 8.112/1990 não se aplica à FHE e, ainda menos, à Pouplex. Em segundo lugar, e de forma mais relevante, o conceito e a hipótese tratados na Lei nº 8.112/1990 referem-se expressamente à situação de exercício de servidor público “em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios”, jamais em entidade particular.

111. Dessa forma, entende que o raciocínio que conduziu ao acolhimento da proposta da unidade técnica (ponto ‘a’ acima), culminando na prolação dos subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1, demanda ulterior investigação, já que refoge à hipótese da Lei nº 8.112/1990 (cessão de servidores entre órgãos públicos).

112. Segundo o entendimento do MPTCU, a situação em epígrafe tampouco se amolda à do ponto ‘b’ (indicação de servidor público para atuar como administrador, ou seja, membro do Conselho de Administração ou da Diretoria da empresa estatal), uma vez que a Pouplex não se enquadra na definição de empresa estatal. Observa que, como se vê no seu estatuto (peça 239, arts. 11 a 16), que os associados da Pouplex são os que detêm o capital votante, na razão “do volume total de seus depósitos na Poupança Pouplex pelo valor da Unidade Padrão de Capital (UPC)” (art. 15 do Estatuto da Pouplex).

113. A integralidade ou mesmo a maioria do capital votante, portanto, não pertence a entidade pública, descaracterizando a entidade como “empresa estatal”. Descarta, portanto, a hipótese levantada no ponto ‘b’.

114. Afirma que a Lei nº 9.790/1999, objeto da ADI 1923, facultou a participação de servidor público “na composição de conselho ou diretoria de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) (ponto ‘c’), nos termos ali especificados. Considerando a atividade econômica exercida pela Pouplex, infere a impossibilidade de alçar-se à condição de Oscip, inviabilizando o enquadramento da situação em análise aos ditames daquela lei.

115. Por fim, conclui que o art. 3º da Lei nº 6.855/1980, inobstante a nomenclatura atécnica empregada (bastante anterior, inclusive, à definição provida pela Lei nº 8.112/1990) trata de indicação de agente público (servidor da FHE) para atuar como administrador de entidade privada (ponto ‘d’) sem prejuízo de suas atribuições – e, conseqüentemente, de sua remuneração.

116. Afirma que a situação não é inédita, sendo encontrados exemplos nos casos da Companhia Vale do Rio Doce, Eletrobras, Instituto de Resseguros do Brasil (IRB Brasil) e Embraer. Entende que os exemplos providos não são perfeitos, porquanto nos casos citados a União ou entidade da Administração Pública indireta realiza tais indicações por força de sua participação acionária, proporcionalmente ou por meio de *golden share*, e não em virtude de expresse comando legal, como é o caso da relação entre a FHE e a Pouplex. O art. 3º da Lei nº 6.855/1980 milita, portanto, como pontualíssima limitação de escopo do art. 59 do Código Civil, aplicável exclusivamente à Pouplex.

117. Nada obstante a imperfeição dos exemplos encontrados e descartadas as demais hipóteses exploradas, conclui que a situação que melhor descreve o teor do art. 3º da Lei nº 6.855/1980 é a do ponto ‘d’, não havendo, portanto, óbice a que os servidores públicos da FHE acumulem emprego privado na Pouplex, na ausência de disposição legal em contrário.

118. Diante do exposto, o MPTCU opina pelo deferimento do Recurso de Reconsideração no que respeita aos subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1, decretando-se sua insubsistência.

119. No que diz respeito à aplicabilidade do art. 3º da Lei nº 6.855/1980 (subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1), a fundamentação dos itens mencionados remete ao artigo 3º da Lei nº 6.855/1980. Observa que, novamente, a análise da matéria recai sobre a relação entre a Lei nº 7.750/1989 e a Lei nº 6.855/1980 - ou, mais especificamente, em que extensão ocorre revogação desta por aquela. Remetendo à leitura da análise desenvolvida quanto aos subitens 9.2.2.5.2, 9.2.2.7.4 e 9.2.3.2, pondera que os artigos iniciais da Lei nº 6.855/1980 tratam da constituição da FHE (arts. 1º a 4º) e seus objetivos (arts. 6º e 7º), não podendo ser considerados revogados sem engendrar verdadeiro limbo jurídico para a entidade. Conclui, portanto, que a vigência do art. 3º da Lei nº 6.855/1980 restou inabalada pela edição da Lei nº 7.550/1980. Todavia, entende necessário reexaminar se o sobredito dispositivo provê adequado fundamento para a determinação inquinada.

120. Assim, recapitulando a discussão, recorda que na fase de conhecimento o Ministério Público (peça 295, p. 4) assinalou não vislumbrar no texto do art. 3º da Lei nº 6.855/1980 vedação à designação das mesmas pessoas para o exercício de função gerencial na FHE e na Pouplex, conforme aduzido pela unidade técnica. Registra que citado dispositivo se limita a estabelecer que “os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo (Pouplex) serão cedidos e designados pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) e pagos com base em sua tabela de remuneração”.

121. A propósito, transcreve o art. 30 do atual Estatuto da FHE, aprovado pela Portaria do Comandante do Exército 986/2020, que versa sobre a matéria. Registra, ainda, que o Voto Condutor da decisão recorrida (peça 297, p. 14-15), teria discordado do entendimento, alinhando-se à proposta da unidade técnica no sentido de adotar as determinações em comento (subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1).

122. Ante isso, volvendo à análise da pretensão recursal, considera oportuno esclarecer que o tema não trata de acumulação remunerada de cargos públicos (art. 37, inciso XVI, da Constituição), porquanto a Pouplex é entidade privada, alheia à estrutura da Administração Pública. Assim defende que resta averiguar se a participação dos cedidos e designados pela FHE na Pouplex amolda-se ou assemelha-se a: a) cessão de servidor público “para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios”, conforme art. 93 da Lei nº 8.112/1990, nos termos do Voto Condutor do Acórdão Recorrido; b) indicação de servidor público para atuar como administrador, ou seja, membro do Conselho de Administração ou da Diretoria da

empresa estatal (“entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à União”), conforme definidos no art. 2º, incisos I e VII, da Lei nº 8.945/2016), nos termos do art. 28, § 6º, da Lei nº 8.945/2016; c) participação de servidor público “na composição de conselho ou diretoria de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (art. 4º, par. único, da Lei nº 9.790/1999); d) indicação de agente público para composição de Conselho de Administração ou Diretoria de entidade privada, portanto alheia à estrutura da Administração Pública, como por exemplo, da Embraer, Companhia Vale do Rio Doce, e Instituto de Resseguros do Brasil (IRB Brasil).

123. Portanto, em seu entender, o determinado em seus subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1 não encontra fundamento na Lei nº 8.112/1990 por dois motivos capitais. Primeiramente, porque, a Lei nº 8.112/1990 não se aplica à FHE e, ainda menos, à Pouplex e em segundo lugar, e de forma mais relevante, o conceito e a hipótese tratados na Lei nº 8.112/1990 referem-se expressamente à situação de exercício de servidor público “em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios”, jamais em entidade particular. Dessa forma, entende que o raciocínio que conduziu ao acolhimento da proposta da unidade técnica (ponto ‘a’ acima), culminando na prolação dos subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1, demanda ulterior investigação, já que refoge à hipótese da Lei nº 8.112/1990 (cessão de servidores entre órgãos públicos).

124. Registra, ainda, que a situação em epígrafe tampouco se amoldaria à do ponto ‘b’ especulada acima, uma vez que a Pouplex não se enquadraria na definição de empresa estatal. Considerando a atividade econômica exercida pela Pouplex, infere a impossibilidade de alçá-la à condição de Oscip, inviabilizando o enquadramento da situação em análise aos ditames daquela Lei. Conclui, por fim, que o art. 3º da Lei nº 6.855/1980, inobstante a nomenclatura atécnica empregada, trata de indicação de agente público (servidor da FHE) para atuar como administrador de entidade privada (ponto ‘d’) sem prejuízo de suas atribuições – e, conseqüentemente, de sua remuneração.

125. No que se refere à indicação de membros para o Conselho de Administração da FHE (subitem 9.2.2.7.3), registra que a referida previsão, inquinada pelo Acórdão, encontra-se no art. 6º, inciso VI, do Estatuto da FHE (peça 237, p. 3). A preocupação externada no dispositivo do Acórdão Recorrido (“eliminar potencial conflito de interesse”) adviria do fato de que, segundo as regras gerais aplicáveis às sociedades empresárias, ao Conselho de Administração compete “eleger e destituir os diretores da companhia” e “fiscalizar a gestão dos diretores” (art. 142, incisos II e III, da Lei nº 6.404/1976), além de manifestar-se sobre as contas da diretoria (inciso V do mesmo dispositivo).

126. Entretanto, o MPTCU afirma que, no âmbito da FHE, a nomeação e, conseqüentemente, a destituição do presidente e dos diretores da FHE assistem por lei específica ao Presidente da República (art. 5º da Lei nº 6.855/1980), havendo notícia de delegação ao Comandante do Exército (via Decreto s/n, de 24/5/1994, *c.f.* parecer de peça 295, p. 2). Já a fiscalização da gestão é exercida concorrentemente pelo Ministério da Defesa e pelo TCU (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.750/1989, *c/c* o art. 16 da Lei nº 6.855/1989).

127. Ademais, pondera que: a) consoante o art. 138 da Lei nº 6.404/1976, o conselho de administração é órgão facultativo para sociedades anônimas de capital fechado, não havendo previsão expressa de sua existência nas Leis nº 6.855/1980 e 7.750/1989; b) a Diretoria da FHE indica, conforme o dispositivo transcrito, somente dois dos sete conselheiros, ensejando pouco risco de que sejam determinantes para o alcance de posições majoritárias; c) há várias regras, espalhadas pelo estatuto da FHE, tendentes a evitar o conflito de interesses divisado. Diante do exposto, o Ministério Público opina por que se proveja o recurso no ponto arguido, convertendo-se a determinação do subitem 9.2.2.7.3 em recomendação.

128. Quanto à indicação de membros para o Conselho de Administração da Pouplex (subitem 9.2.2.8.2), que determinou à FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adotasse providências para promover adequações no Estatuto da Pouplex excluindo a previsão de indicação, por parte da Diretoria Colegiada, de membros para o Conselho de

Administração da entidade, visando a eliminar o risco potencial de conflito de interesse e por violar os princípios da impessoalidade e da segregação de funções, a exemplo do item comentado na seção imediatamente anterior do seu Parecer, o MPTCU manifesta a mesma preocupação e entende aplicáveis razões análogas e opina por que se proveja o recurso no ponto arguido, convertendo-se a determinação do subitem 9.2.2.8.2 em recomendação.

129. Por fim, no que se refere às licitações (subitem 9.2.3.1), determinou à FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adotasse providências com vistas à regularizar os contratos de prestação de serviços e o fornecimento de bens de seu interesse celebrados sem a realização do devido processo licitatório, em especial os serviços de tecnologia intermediados ou prestados atualmente pela Pouplex, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o art. 18 da Lei nº 6.855/1980, o art. 2º da Lei nº 8.666/1993 e os arts. 2º e 191 da Lei nº 14.133/2021, abstendo-se de incidir em novas situações que não se conformem aos citados preceitos normativos, defende que, embora indubitável a incidência à FHE das normas constitucionais relativas à Administração Pública (a exemplo do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal), entende necessário investigar o sentido e alcance do dispositivo evocado na decisão recorrida, se o art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989 inscreve validamente a FHE entre os casos ressalvados pela legislação, hipótese de que trata o art. 37, XXI, da Constituição e se o dispositivo constitucional em apreço confere ao legislador ordinário margem de conformação suficiente a excepcionar a totalidade das aquisições realizadas por determinada entidade pública.

130. O MPTCU ressalta que, em seu sentir, as hipóteses que eventualmente limitam o poder de ressalva conferido pelo art. 37, inciso XXI, em tela, são os encontráveis na própria Constituição, mormente: o princípio republicano; os princípios expressos no *caput* do art. 37 da Carta, mormente o da eficiência; o princípio da economicidade (art. 70, *caput*, da Constituição); e os princípios implícitos aplicáveis. Defende que a relação entre o princípio da economicidade e o dever de licitar é comentada pelo Subprocurador-Geral Paulo Bugarin (*O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: ed. Fórum, pp. 116-117). Assim, conclui que, considerado o arcabouço constitucional descrito, toda entidade pública (inclusa a FHE) ostenta o dever jurídico de selecionar racionalmente a proposta mais vantajosa em suas aquisições, com ampla publicidade e de forma impessoal, independentemente do fato de gerenciar recursos públicos ou não, com as ressalvas intraespecíficas de que a legislação dispuser e que tal “dever geral” de buscar a melhor proposta advém diretamente do princípio republicano e dos demais princípios constitucionais, máxime o da economicidade. Por imperativo lógico, tal dever não pode prescindir da sistematização de processo de aferição da proposta mais vantajosa – qualquer que seja a terminologia adotada para a “racionalidade com que é feita a seleção” –, sem o qual não se pode assegurar que a escolha recaia de fato sobre a proposta mais vantajosa.

131. Em síntese, registra não ser razoável interpretar o art. 37, inciso XXI, da Constituição, como autorizador de que determinada parcela da Administração Pública (órgão ou entidade) sistematicamente, *i.e.* para toda e qualquer de suas aquisições, deixe de buscar no mercado as propostas mais vantajosas, abandonando por completo tal preocupação. As hipóteses a serem ressalvadas pelo legislador, destarte, devem preservar o caráter de excepcionalidade - sob pena de frustrar, no mínimo, os princípios da isonomia e da equidade entre os administrados, consoante nos recorda Joel de Meneses Nielbuhr (*apud* Bugarin, Paulo, *op. cit.*, 2011, p. 118).

132. Conclui, portanto, que a FHE é jungida pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição, a realizar procedimento público, impessoal, racional e sistemático – ali chamado “procedimento licitatório” – para nortear suas aquisições de forma comprovadamente vantajosa e quanto aos característicos desse processo, defende que caberia examinar se à fundação aplicar-se-ia a Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos – atualmente, a Lei nº 14.113/2021. Diante do exposto anteriormente neste parecer quando da análise do item 9.2.2.1.1 do Acórdão recorrido, conclui que o art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.750/1989 exclui a FHE do âmbito de incidência dessa legislação ordinária. Ou seja, em coerência

com a análise anterior, conclui que o art. 18 da Lei nº 6.855/1980, o art. 2º da Lei nº 8.666/1993 e os arts. 2º e 191 da Lei nº 14.133/2021 restam inaplicáveis à FHE, por força da *lex specialis* mencionada.

133. Registra, portanto, o *Parquet*, que a solução reside na prístina redação do art. 18 da Lei nº 6.855/1980 (já revogada), o qual estabelecia o dever da FHE de seguir as normas gerais de licitação “enquanto não forem aprovadas normas próprias”. Em outras palavras, as contratações de que trata o subitem 9.2.3.1 do Acórdão recorrido devem aderência ao art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, conforme regulamento a ser elaborado especificamente para as aquisições e contratações da entidade. Comenta, ainda, que solução dessa natureza – *i.e.* regulamento próprio, alinhado aos princípios administrativo-constitucionais – não é inédito no espaço tangente à Administração indireta, conforme se observa do art. 14 das Leis nº 9.790/1999 e 13.303/2016, conselhos de fiscalização profissional etc. e o mesmo vale para eventuais contratações conjuntas da FHE e da Poupex ou para contratações realizadas por esta última, mas cujos objetos, serviços ou aquisições, serão usufruídos por ambas as entidades. Impõe-se à Poupex, em tais circunstâncias, submeter-se ao mesmo influxo de direito público que recai sobre o regime de contratação da FHE, por força do art. 37, inciso XXI, da Constituição, como forma de prevenir que o relacionamento entre as entidades sirva de inadmissível escape à referida regra constitucional.

134. Nesse passo, opina pelo provimento parcial do apelo relativo ao ponto em apreço, modificando-se a redação do subitem 9.2.3.1 na forma que sugere, no sentido de definir que as contratações se deem nos termos do regulamento próprio elaborado para aquisições e contratações da entidade.

135. Ao concluir seu parecer, o MPTCU, em considerações finais, registra que, em 8/2/2024, a FHE incluiu à peça 377 suas considerações acerca da instrução de mérito da AudRecursos. O citado expediente retoma os argumentos recursais e aprofunda questões relacionadas ao fim social da fundação e à fonte exclusivamente privada de seus recursos – questões que foram novamente enfrentadas nesta fase recursal. Sobre as considerações da peça 377, registra apenas que, já tendo sido examinadas as questões ali presentes, sempre que cabíveis para o exame das determinações inquinadas, entendeu desnecessário restituir os autos à unidade técnica *a quo* para reanálise e registrou que considerou que determinadas discussões se revelaram predominantemente metajurídicas (*e.g.* vantagem ou desvantagem econômica da aquisição de imóveis do Exército mediante permuta; relevância, sucesso e longevidade da associação de poupança e empréstimo) e, em última instância, prescindíveis para o deslinde técnico da controvérsia em causa, o MPTCU registra que o detalhamento heterogêneo que o texto constitucional confere a diversas questões apreciadas neste processo de contas (publicidade das informações, controle externo, concursos, licitações etc.), aliado à opção legislativa expressa na Lei nº 7.750/1989, conduz-nos a reconhecer a particularidade do arcabouço jurídico incidente sobre a FHE.

136. Defende que, afora a expressa previsão legal, pode-se argumentar que as particularidades assim atribuídas à FHE não encontram embasamento principiológico de fácil discernimento, representando o que *Dworkin* denominou de *checkerboard solution*, situação usualmente derivada de *internal compromises* legislativos e que tais arranjos, embora compatíveis com os valores de *fairness*, *justice and procedural due process*, usualmente não se harmonizam a ideais de integridade na adjudicação jurídica, motivo pelo qual podem suscitar inquietações, estas solucionáveis apenas no plano legislativo ou, eventualmente, do judicial review (controle de constitucionalidade). Essa solução – *i.e.* encaminhamento aos legitimados à propositura do controle direto – foi aventada pela unidade técnica no estágio de conhecimento deste feito, tendo sido rechaçada em parecer do *Parquet* (peça 295) e no Voto Condutor do Acórdão 841/2023-Plenário (peça 297), solução da qual não diverge, em prestígio ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e em deferência ao espaço de conformação e densificação normativa infraconstitucional do ordenamento jurídico, atribuído ao legislador.

II

137. Após realizar a necessária contextualização e confrontar os argumentos apresentados na peça recursal com os bem elaborados pareceres da unidade técnica e do Ministério Público junto a este Tribunal, que fornecem subsídios extraordinários para o juízo que firmei em relação à matéria objeto do presente recurso, passo à decisão.

138. Incorporo, portanto, às minhas razões de decidir os pareceres uniformes da unidade técnica e do Ministério Público junto a este Tribunal (MPTCU), com os ajustes sugeridos, no que tange à rejeição dos argumentos e manutenção da deliberação recorrida em relação aos subitens 9.2.1, 9.2.2, 9.2.2.1, 9.2.2.1.2, 9.2.2.1.8, 9.2.2.2, 9.2.2.2.1, 9.2.2.2.2, 9.2.2.2.3, 9.2.2.2.4, 9.2.2.2.5, 9.2.2.2.6, 9.2.2.3, 9.2.2.4, 9.2.2.5, 9.2.2.5.1, 9.2.2.5.3, 9.2.2.7, 9.2.2.8, 9.2.3, 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, pelos seus próprios fundamentos, nada tendo a acrescentar.

139. Quanto ao mais, conforme destacado nos pareceres precedentes, a AudRecursos manifestou-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo provimento parcial, com o objetivo de acrescentar ao Acórdão combatido a determinação de concessão de prazo destinado à apuração da possível ocorrência de favorecimento indevido fundado em vínculos familiares ou pessoais, à vista dos elementos constantes dos autos, obtidos a partir do cruzamento de dados já sob conhecimento da FHE. Ademais, propôs-se a retificação dos subitens do Acórdão que mencionam o Decreto nº 9.727/2019, de modo a fazer constar, em substituição, as disposições do Decreto nº 10.829/2021.

140. O MPTCU, representado pelo Procurador Rodrigo Medeiros de Lima, manifestou-se parcialmente de acordo com a proposta de encaminhamento acima descrita, abrindo divergência, mais especificamente, em relação aos subitens 9.2.2.1.1, 9.2.2.1.3, 9.2.2.1.4, 9.2.2.1.5, 9.2.2.1.6, 9.2.2.1.7, 9.2.2.7.1, 9.2.2.7.2, 9.2.2.8.1, propondo julgar procedente o recurso, suprimindo os referidos subitens; 9.2.2.5.2, 9.2.3.1 parcialmente procedente o pedido recursal alternativo, conferindo nova redação à determinação; 9.2.2.6, 9.2.2.7.4, 9.2.3.2 improcedente o recurso, ajustando *ex officio* a fundamentação ali contida; 9.2.2.7.3, 9.2.2.8.2 procedente o recurso, convertendo a determinação ali contida em recomendação. Além de divergência de encaminhamento processual onde sugere não conhecer do recurso de reconsideração no atinente ao subitem 9.2.1 (classificação de informações) e ao item 9.3 (recomendação) do Acórdão 841/2023-Plenário, por falta de interesse recursal.

141. No que tange à divergência referente ao subitem 9.2.2.1, que se refere à determinação para que a FHE adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações referenciadas nos subitens 9.2.2.1.1, 9.2.2.1.3, 9.2.2.1.4, 9.2.2.1.5, 9.2.2.1.6, 9.2.2.1.7, onde o Ministério Público propõe julgar procedente o recurso, suprimindo os referidos subitens, entendo que a determinação, conforme defendido pela unidade técnica, pode ser efetivada à FHE. Considerando os normativos que regem a FHE, o fato de a entidade ser tratada como uma fundação pública, as peculiaridades que envolvem a sua atuação, suas normas regentes e as prerrogativas e sujeições, com clara derrogação do regime privado, atraem a incidência da LAI, cujas disposições se aplicam às fundações assim como às autarquias, em tese encampada pelo STJ.

142. Devo lembrar que em recente julgado (TC-002.249/2023-5), o Plenário deste Tribunal reconheceu a complexa relação entre a Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), destacando a necessidade de equilibrar a transparência das informações públicas com a proteção dos dados pessoais (506/2025-TCU-Plenário, de minha relatoria).

143. No Voto Condutor da deliberação paradigma, foi mencionado que, desde a implementação da LAI em 2012, a publicidade das informações públicas tornou-se a regra, enquanto o sigilo passou a ser a exceção. A LAI estabelece que o acesso a informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem deve ser restrito. A Controladoria-Geral da União (CGU) tem publicado guias para ajudar servidores e gestores públicos a lidarem com informações públicas e sigilosas.

144. Observou-se também que, com a entrada em vigor da LGPD em 2020, o cenário se tornou mais complexo, introduzindo novos princípios para o tratamento de dados pessoais. A administração pública teve que se adaptar a esse novo paradigma. No entanto, houve preocupações de que a LGPD pudesse ser usada indevidamente para justificar o sigilo de dados pessoais, como evidenciado por

processos no Tribunal de Contas da União (TCU), incluindo o Acórdão 1.841/2022-TCU-Plenário, que tratou da indisponibilidade de informações do Sistema Integrado de Nomeações e Consultas da Presidência da República devido à custódia de dados pessoais de agentes públicos.

145. A CGU tem trabalhado para esclarecer que não há conflito normativo entre a LAI e a LGPD. A LAI restringe o acesso apenas a informações pessoais que envolvem intimidade, vida privada, honra e imagem, enquanto a LGPD não impede a publicidade de informações pessoais, mas exige que sejam tratadas conforme seus princípios e regras. Há um consenso de que é necessário avançar na criação de meios que permitam aos gestores públicos tomarem decisões com maior segurança jurídica, equilibrando a transparência de informações de interesse público com a proteção de dados pessoais.

146. Assim, depreendo que neste caso concreto, cabe à FHE observar este equilíbrio e reportar a este Tribunal quanto às informações que, de fato, exijam sigilo, como dados pessoais que possam violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoa. Entretanto, deve-se dar ênfase à necessária transparência das ações da entidade, o que é o foco das deliberações constantes dos subitens objeto de recurso. Portanto, manifesto concordância com a unidade técnica.

147. No que tange ao subitem 9.2.2.5, que se trata de determinação para que a FHE apresente plano de ação, contendo, no mínimo, a descrição das ações a serem adotadas, os respectivos responsáveis e prazos de implementação, com vistas a realizar concurso público para provimento da estrutura de pessoal mencionada no subitem 9.2.2.5.1, de modo gradual, de forma a satisfazer à exigência do art. 20 da Lei nº 6.855/1980, exceto para as funções de confiança, não vejo necessidade de conferir nova redação à determinação mencionada, conforme sugerido pelo MPTCU, a não ser a menção a correção do fundamento para os incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que o dever jurídico de realização de concurso público não deflui mais do art. 20 da Lei nº 6.855/1980, e sim diretamente do próprio texto constitucional. Nada impede que a entidade adote providências para dar cumprimento ao que foi determinado por este Tribunal e, ao mesmo tempo, elabore regras próprias relacionadas ao processo seletivo de pessoal da FHE (ou do denominado Sistema FHE-Poupex), em atenção ao mencionado art. 37, incisos I e II, da Constituição, contemplando os princípios expressos no *caput* daquele dispositivo, em especial a publicidade e a impessoalidade.

148. Quanto ao subitem 9.2.3.1, registro que, em 30/5/2025, foi acostado aos autos pela FHE uma petição que requer a juntada da Deliberação de Diretoria 094/2024, de 4/12/2024, que aprova o Regulamento de Contratação e Alienação da Fundação Habitacional do Exército FHE (peças 384 e 385).

149. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem orientado as entidades a elaborarem normativos próprios para facilitar a sua operacionalidade, desde que não fujam dos preceitos gerais de obediência obrigatória por essas entidades, destacando a importância de verificar a regularidade dos processos licitatórios e dos contratos, garantindo que não haja falhas e irregularidades passíveis de impugnação por este Tribunal.

150. Assim, em relação a este item, ante a informação de que já foi elaborado o normativo, proponho que seja dado provimento parcial do apelo relativo ao ponto em apreço, modificando-se a redação do subitem 9.2.3.1, na forma seguinte:

“9.2.3.1. regularize os contratos de prestação de serviços e o fornecimento de bens de seu interesse celebrados sem a realização do devido processo licitatório, em especial os serviços de tecnologia intermediados ou prestados atualmente pela Poupex, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e demais normas aplicáveis, nos termos do regulamento próprio elaborado para aquisições e contratações a entidade;”

151. Entendo necessário, entretanto, determinar à unidade técnica deste Tribunal que, durante o monitoramento do cumprimento da deliberação, seja aferida a adequação do Regulamento de Contratação e Alienação da FHE às normas de regência.

152. A análise pela unidade técnica durante o monitoramento da deliberação permite identificar e corrigir eventuais falhas ou inconsistências no regulamento, prevenindo irregularidades que poderiam ser passíveis de impugnação pelo Tribunal de Contas da União, pois, embora a FHE tenha autonomia para elaborar seu regulamento próprio, é necessário garantir que ele esteja em conformidade com as normas gerais de direito público que regem a Administração Pública indireta. A aferição pela unidade técnica não interfere na autonomia da entidade, mas assegura que o regulamento seja compatível com os princípios e normas aplicáveis.

153. Manifesto concordância com o ajuste *ex officio* da fundamentação contida nos subitens 9.2.2.6, 9.2.2.7.4 e 9.2.3.2. Observo que a análise da matéria recai sobre a relação entre a Lei nº 6.855/1980 e a Lei nº 7.750/1989, pois o MPTCU entende que os arts. 18 e 20 da Lei nº 6.855/1980 não mais vigem, tendo sido revogados por *lex posteriori* com presunção de validade. No entanto, quando da publicação da segunda lei, já vigoravam os incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal, concluindo, em apertada síntese, que, dada a natureza jurídica da FHE, o dever jurídico de realização de concurso público não deflui mais do art. 20 da Lei nº 6.855/1980, mas sim diretamente do próprio texto constitucional.

154. Acompanho o entendimento do MPTCU no sentido de considerar procedente o recurso e converter a determinação contida nos subitens 9.2.2.7.3, 9.2.2.8.2 em recomendação. De fato, o principal argumento trazido pelo *Parquet* para propor a conversão da determinação do TCU em recomendação baseia-se em várias considerações que mitigam o risco de conflito de interesse e justificam a flexibilização da medida. Primeiramente, é destacado que, no âmbito da Fundação Habitacional do Exército (FHE), a nomeação e destituição do presidente e dos diretores são atribuições do Presidente da República, com delegação ao Comandante do Exército, conforme legislação específica. Isso, no entender do MPTCU, já limita o poder do Conselho de Administração em relação à gestão executiva, diferentemente do que ocorre em sociedades empresárias regidas pela Lei nº 6.404/1976, onde o conselho tem papel direto na eleição e fiscalização dos diretores.

155. Além disso, argumenta que o conselho de administração é um órgão facultativo para sociedades anônimas de capital fechado, não havendo previsão expressa de sua existência nas leis que regem a FHE e a Pouplex. A Diretoria da FHE indica apenas dois dos sete conselheiros, o que, segundo argumenta, não garante automaticamente posições majoritárias, reduzindo o risco de que a indicação pela Diretoria Colegiada resulte em controle indevido ou conflito de interesses. Ademais, existem várias regras no estatuto da FHE e da Pouplex que visam evitar conflitos de interesse, reforçando a segurança do processo de indicação.

156. Assim, incorporando esses argumentos, acompanho o parecer do MPTCU, no sentido de, dadas essas circunstâncias e a existência de mecanismos para evitar conflitos de interesse, dar provimento ao recurso para converter a determinação do TCU em recomendação, permitindo maior flexibilidade na aplicação das normas sem comprometer a integridade e a transparência da gestão.

157. Concorro com a proposta de provimento oferecida pelo MPTCU em relação aos subitens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1. De fato, não vislumbro fundamento na Lei nº 8.112/1990 para respaldar a deliberação adotada no Acórdão recorrido. A lei em comento, conforme bem defendeu o *Parquet*, refere-se expressamente à situação de exercício de servidor público “em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios”. Não vejo como aplicá-la, mesmo analogicamente, a entidade particular. Em segundo lugar, e de forma mais relevante, o conceito e a hipótese tratados na Lei nº 8.112/1990, referem-se expressamente à situação de exercício de servidor público “em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios”, jamais em entidade particular. Assim, entendendo pertinente a conversão da determinação em recomendação à FHE, conforme sugerido pelo MPTCU.

158. Em 7/10/2025, com o processo já concluso para julgamento, a FHE juntou aos autos novos elementos e informações (peças 386 a 399), dando ensejo à análise perfunctória por parte deste relator. Recebi, ainda, as contribuições apresentadas pelo Gabinete do Ministro Jorge Oliveira, que também foram consideradas, no que entendi pertinente, nessa nova análise.

159. O memorial juntado aos autos apresenta as ações da Fundação Habitacional do Exército (FHE) em resposta ao Acórdão 841/2023-Plenário, do Tribunal de Contas da União (TCU), destacando as medidas implementadas para atender às determinações da Corte. A FHE registra que todas as informações sobre os empreendimentos habitacionais comercializados estão disponíveis publicamente em seu site, em conformidade com o Acórdão.

160. Além disso, informa que foi aprovada uma norma específica para regular o recrutamento e a seleção de empregados (peça 387), proibindo práticas como nepotismo, apadrinhamento e discriminação, em alinhamento com o Acórdão e a Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal e que, desde a aprovação dessa norma, a FHE realizou 51 processos seletivos públicos e impessoais, principalmente na área de tecnologia da informação, respeitando os princípios constitucionais de publicidade e impessoalidade.

161. A FHE também defende a manutenção do modelo de governança compartilhado com a Pouplex, que utiliza a mesma diretoria, gerências e força de trabalho, argumentando que a dissolução dessa estrutura, consolidada há 44 (quarenta e quatro) anos, traria graves impactos econômicos e sociais, além de comprometer a eficiência e a economicidade.

162. Registra, ainda, que para disciplinar os procedimentos de aquisição, alienação, locação de bens e contratação de obras e serviços, a FHE aprovou um regulamento próprio de licitações, em conformidade com os princípios administrativos e o Acórdão. Foi ainda estabelecida uma metodologia objetiva, transparente e auditável para o ressarcimento de recursos humanos e de tecnologia da informação entre a FHE e a Pouplex, utilizando a Cadeia de Valor para identificar o percentual de esforço e gastos atribuíveis a cada entidade.

163. No âmbito do planejamento estratégico, a FHE afirma ter adotado medidas para aprimorar seus indicadores, metas e resultados, organizando os objetivos estratégicos em cinco perspectivas: habilitadores, sustentabilidade, processos, econômico-financeira e cliente. Assegura que o monitoramento contínuo permite ajustes e melhorias na execução da estratégia. Além disso, foi institucionalizado o uso do *Balanced Scorecard* para monitorar indicadores e metas estratégicas, com reuniões semestrais de avaliação envolvendo instâncias de governança e unidades técnico-administrativas.

164. A FHE reconhece sua sujeição aos princípios constitucionais do direito público e ao controle finalístico do TCU, mas defende que sua atuação econômica privada e atividades típicas de instituições financeiras justificam sua submissão ao regime jurídico de direito privado, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

165. Por fim, a FHE reafirma seu compromisso com o cumprimento das decisões do TCU, evidenciando as medidas já implementadas e solicitando a reconsideração de pleitos. Em síntese, o documento demonstra que a FHE tem adotado diversas ações para atender às determinações do TCU, buscando alinhar suas práticas aos princípios constitucionais e às exigências legais, enquanto defende a manutenção de sua estrutura organizacional e modelo de governança.

166. Quanto aos elementos apresentados, observo que já foi reconhecido em itens precedentes do Voto que a Fundação Habitacional do Exército (FHE) elaborou regulamento próprio de licitação e, agora, foi informado que implementou normas relacionadas ao processo seletivo de pessoal, ações que considero louváveis e alinhadas aos princípios constitucionais da Administração Pública. Essas iniciativas demonstram o esforço da entidade em atender às determinações do Tribunal de Contas da União (TCU) e aprimorar sua governança e transparência.

167. Quanto às normas relacionadas ao processo seletivo de pessoal, editado pela FHE, aplico o mesmo entendimento que espousei em relação à publicação do Regulamento de Contratação e Alienação da FHE, no sentido de determinar à unidade técnica deste Tribunal que, durante o monitoramento do cumprimento da deliberação, seja aferida a adequação da aludida norma, ao arcabouço legislativo de regência.

168. Enfatizo, no entanto, que o controle exercido pelo TCU tem como objetivo promover melhorias na gestão dos órgãos sob sua jurisdição, garantindo que as práticas administrativas estejam em conformidade com os preceitos legais e constitucionais.

169. Apesar de as ações adotadas pela FHE, após a publicação do Acórdão 841/2023-TCU-Plenário, destaco que o cumprimento das determinações não constitui fundamento para o provimento integral do Recurso de Reconsideração, uma vez que as impropriedades apontadas ocorreram no período compreendido pela prestação de contas, e que não foram desconstituídas, na íntegra, pelos argumentos recursais apresentados, conforme jurisprudência consolidada do Tribunal. Assim, a efetividade das medidas implementadas pela entidade será confirmada em monitoramento específico do cumprimento das determinações, reforçando o papel do TCU na fiscalização e no acompanhamento contínuo das ações corretivas realizadas pelas entidades sob sua supervisão.

170. Por fim, não posso deixar de reconhecer a complexidade do arcabouço jurídico que rege a Fundação Habitacional do Exército (FHE). Sem adentrar a questão da natureza jurídica, já adequadamente tratada nos pareceres precedentes, cumpre destacar que a atuação da entidade deve observar preceitos e normas de direito público, mesmo quando administra recursos de origem privada, de modo a conciliar flexibilidade operacional com o respeito aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

171. Independentemente de sua classificação, a FHE deve pautar suas atividades pelos princípios e regras do direito público, que prevalecem sobre o regime privado, em razão das prerrogativas e vínculos institucionais que mantém com a União, garantindo a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

172. Faço esses registros complementares para fundamentar alterações de redação no Acórdão que anteriormente havia elaborado, contemplando o acolhimento dos argumentos que menciono na parte deliberativa de meu Voto e em razão da notícia da publicação do Regulamento Próprio de Licitações (peça 384) e da Norma de Recrutamento e Seleção de Empregados (peças 387 e 388).

173. Com essas considerações, entendo que o Recurso de Reconsideração deve ser conhecido e parcialmente provido, nos termos expostos nos itens precedentes deste Voto.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

AROLDO CEDRAZ
Relator

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 033.766/2018-5

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Prestação de Contas).

Entidade: Fundação Habitacional do Exército (FHE).

Exercício: 2018.

Responsáveis: Antonio Cesar Alves Rocha (CPF: 703.314.807-00), Antonio Hamilton Martins Mourao (CPF: 233.063.860-49), Carlos Henrique Carvalho Primo (CPF: 224.525.597-68), Claudio Rogerio Pinto (CPF: 224.253.737-72), Eron Carlos Marques (CPF: 048.365.107-91), Jose Luiz de Paiva (CPF: 569.179.297-00), Jose Ricardo Kummel (CPF: 227.175.369-49), José de Castro Neves Soares (CPF: 037.974.497-04), Orlando Humberto Costa Junior (CPF: 273.469.511-15), Ricardo Barbalho Lamellas (CPF: 050.389.107-00), Ricardo Jose Andrade Leite Viana (CPF: 434.027.041-53), Tarciso Alves da Rocha (CPF: 002.661.834-68), Ullisses Christian Silva Assis (CPF: 821.549.101-49).

Interessado: Centro de Controle Interno do Exército.

Representação legal: Marcio Roberto Martins Santos (33.685/OAB-DF), Luiz Ferrucio Duarte Sampaio Junior (21.150/OAB-DF) e outros, representando Eron Carlos Marques; Octávio Augusto Carneiro Pereira (21.262/OAB-DF), Viviana Todero Martinelli Cerqueira (32.664/OAB-DF) e outros, representando Fundação Habitacional do Exército.

Interessado em sustentação oral: Fundação Habitacional do Exército (FHE) (peça 340 e 349, p. 26).

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPETÊNCIA PARA APROVAÇÃO ESTATUTÁRIA, NOMEAÇÃO DE DIRIGENTES E APROVAÇÃO DE TABELA REMUNERATÓRIA DA ENTIDADE. BASE DE CÁLCULO E FONTE DE CUSTEIO DA REMUNERAÇÃO DOS DIRIGENTES. REQUISITOS DE SELEÇÃO DE SUA DIRETORIA COLEGIADA E DO SEU CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA SELEÇÃO DE PESSOAL NECESSÁRIO E SUFICIENTE PARA O EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS LEGAIS DA FUNDAÇÃO. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO, ATÉ QUE SEJA EDITADO O NORMATIVO DE COMPRAS DA ENTIDADE. NECESSIDADE DE NORMATIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DOS INTERESSADOS EM ADQUIRIR OS IMÓVEIS COMERCIALIZADOS E DE DIVULGAR INFORMAÇÕES ADMINISTRATIVAS E COMERCIAIS. CONTAS REGULARES COM RESSALVA, COM QUITAÇÃO AOS RESPONSÁVEIS. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. COMUNICAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) (peças 340-343 e 349) contra o Acórdão 841/2023-TCU-Plenário (peça 296, Rel. Min. Marcos Bemquerer), que julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis e realizou determinações à recorrente.

2. A Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos) analisou a admissibilidade e o mérito do recurso, nos termos da instrução da peça 371, que teve a concordância do corpo dirigente da unidade técnica (peças 372 e 373), abaixo reproduzida como parte deste Relatório:

“[...] HISTÓRICO

2. Em exame a Prestação de Contas da Fundação Habitacional do Exército - FHE referente ao exercício de 2017.

2.1. As contas relativas a 2013 (TC033.030/2014-2) foram julgadas regulares, com quitação plena aos responsáveis, sem prejuízo de se dar ciência à Fundação sobre "a inexistência de indicadores utilizados para monitorar e avaliar o desempenho da entidade no que se refere à governança e controles internos, conforme preconiza o item 3.6, Parte A, Anexo II da DN/TCU 127/2013" (Acórdão 2.246/2016-1ª Câmara, de minha relatoria).

2.2. No período de 2014 a 2016, assim como em 2018, os gestores da entidade estiveram dispensados de organizar o processo de prestação de contas integral.

2.3. A instrução do presente processo coube à então denominada Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública - SecexDefesa, cujas atribuições foram absorvidas pela Unidade de Auditoria Especializada em Governança e Inovação - AudGovernança na reestruturação promovida pela Resolução TCU 347/2022.

2.4. De início, a Unidade Técnica diligenciou à FHE (peças 11-15), por intermédio do Centro de Controle Interno do Exército - CCIEx, com vistas a obter documentos e informações referentes à organização, indicadores de desempenho, governança e processos licitatórios da entidade, bem como o estatuto da Associação de Poupança e Empréstimo - Poupex (APE/Poupex).

2.5. Na primeira instrução de mérito, o Auditor Federal de Controle Externo examinou aspectos gerais, tais como a conformidade das peças que compõem o processo, a existência de processos conexos, o planejamento organizacional, o desempenho operacional, a estrutura de governança, a gestão de riscos e controles internos e a transparência de informações. Ao fim, propôs a regularidade das contas de dois responsáveis, com quitação plena; a oposição de ressalva às contas dos demais gestores, em função de impropriedades apontadas pelo órgão de Controle Interno; a formulação de determinações e a expedição de ciência à FHE (peça 180).

2.6. Por seu turno, o Secretário-Substituto da SecexDefesa entendeu necessário examinar os critérios para a escolha da alta administração, a não realização de concurso público para a contratação de empregados, a utilização da estrutura funcional, física e tecnológica da Poupex e a forma de cálculo da remuneração devida pela FHE em razão do uso desses recursos (peça 181). Assim, foi efetuada nova diligência à FHE e à Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, esta última devido à inexistência de informações sobre as despesas de pessoal da FHE no Portal da Transparência do Executivo Federal (peças 182-184).

2.7. Insurgindo-se contra o pedido de informações, a FHE arguiu a ausência de jurisdição do TCU sobre a Poupex, bem como a inviabilidade de precisar o quantitativo de empregados necessários ao seu próprio funcionamento, dado o habitual compartilhamento da infraestrutura física e administrativa entre a Fundação e a Associação de Poupança (peça 189).

2.8. A Unidade Especializada reiterou o cabimento e a necessidade de reiteração da diligência para obter elementos referentes ao funcionamento da FHE e aos atos por ela praticados no exercício do poder regulamentar sobre a Poupex (peças 192 e 193) e, acolhendo parcialmente as alegações da Fundação, assentiu que fossem excluídas da comunicação as informações da Associação de Poupança que ultrapassam a alçada da Fundação, como os seus critérios de seleção de pessoal, requisitos de admissão, o quantitativo e a distribuição de pessoal, medida que foi autorizada mediante Despacho (peça 194).

2.9. Diante de nova recusa por parte da FHE em fornecer os elementos solicitados (peça 203), o conteúdo da diligência à FHE foi reiterado por meio do Acórdão 192/2020-Plenário (peça 206), mantido em sede de Embargos de Declaração pelo Acórdão 571/2021-Plenário (peça 216).

2.10. Os elementos fornecidos pela FHE (peças 227-231) foram analisados pela SecexDefesa (peça 251-253), cujas conclusões foram submetidas aos comentários do Presidente da entidade, do Comandante do Exército e do Secretário Executivo da Casa Civil da Presidência da República (peças 256-258), nos termos da Resolução TCU 315/2020.

2.11. Em face dos comentários do gestor, o Auditor Federal de Controle Externo propôs (peça 278) e o Titular da Unidade determinou (peça 279) a adoção de novas providências saneadoras:

a) diligência ao Comando do Exército (peça 281), para que, no prazo de cinco dias úteis, identificasse a localização precisa da(s) informação(ões) que justificariam a restrição de acesso ao documento juntado à peça 275, em atenção ao art. 157 do RI/TCU c/c o art. 3º, inciso I, da Lei 12.527/2011; e

b) encaminhamento de cópia da instrução ao Ministério da Defesa (peça 282), para que se manifestasse a respeito da possível elaboração, por aquela pasta, do Estatuto da Fundação Habitacional do Exército, nos termos do art. 14 da Resolução TCU 315/2020.

2.12. Em resposta, o Comando do Exército manifestou-se pela manutenção da restrição de acesso à peça 275 (peça 287). O Ministério da Defesa encaminhou nota da Coordenação-Geral de Direto Administrativo da Consultoria Jurídica da Advocacia Geral da União junto àquela Pasta, declarando sua incompetência para formular considerações pertinentes à gestão da Fundação Habitacional do Exército (peça 289).

2.13. Na sua derradeira instrução (peça 291), a SecexDefesa discorreu sobre as manifestações mais recentes e retomou as análises constantes às peças 180, 192 e 251. Em conclusão, apontou as ocorrências verificadas e formulou as respectivas propostas de encaminhamento (vide quadro resumo à peça 297, p. 2-9). Em adendo, propôs:

“a) a regularidade das contas dos Srs. Antônio César Alves Rocha e Tarciso Alves da Rocha, com quitação plena, nos termos do art. 16, inciso I, da Lei 8.443/1992;

b) o encaminhamento de cópia do acórdão a ser proferido juntamente com a instrução à peça 291:

b.1) ao Comitê Interministerial de Governança, a título de subsídio para o exercício das competências previstas nos arts. 7º-A e 9-A, incisos I, alínea “i”, e IV, do Decreto 9.203/2017, quais sejam, monitoramento da aplicação das melhores práticas de governança na administração pública federal, assessoramento do Presidente da República e propositura de medidas sobre o tema;

b.2) à Casa Civil, para que avalie a necessidade de propor alterações na Lei 6.855/1980;

c) o encaminhamento de cópia do acórdão a ser proferido à Fundação Habitacional do Exército, ao Comando do Exército, ao Ministério da Defesa, ao Centro de Controle Interno do Exército, ao Banco Central do Brasil, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, ao Comitê Interministerial de Governança, à Casa Civil da Presidência da República, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado Federal;

c) a menção, no acórdão que apreciar estas contas, ao monitoramento das recomendações contidas nas alíneas “d” e “f” da proposta de encaminhamento; e

d) a retirada, nos sistemas do TCU:

d.1) da restrição de acesso imposta pelo Comando do Exército às peças 275 e 278 deste processo, diante da falta de embasamento legal para a sua classificação; e

d.2) do sigilo da peça 276, uma vez que após prolatada decisão neste processo, cessa o motivo de sua classificação”

2.14. O Ministério Público junto ao TCU, representado pela Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, manifestou-se parcialmente de acordo com a proposta de encaminhamento acima descrita. Acolheu os itens referentes ao mérito das contas dos responsáveis, à expedição de determinações referentes à normatização dos critérios de seleção de interessados em adquirir imóveis, ao cálculo dos valores devidos pela FHE à Poupex pelo uso da infraestrutura desta última, à correção das omissões no portal na internet apontadas no Acórdão 1.832/2018-Plenário, à divulgação de informações sobre empreendimentos habitacionais, à necessidade de realização de licitações e concursos públicos, a adoção de providências em face de possível nepotismo, e, por fim, a ciência de impropriedades identificadas em certames licitatórios, na sistemática de planejamento e no relatório de gestão (peça 295).

2.15. Quanto ao mais, o Ministério Público de Contas observou, na instrução da SecexDefesa, a perspectiva de “diminuir o poder decisório do Comando do Exército na condução da FHE e da Poupex” e de propugnar uma gestão compartilhada com “agentes civis e independentes”, visão da qual discordou, recordando que a Poupex foi criada em substituição à Caixa de Financiamento Imobiliário do Exército – CFIEEx (art. 2º da Lei 6.855/1980), de forma destituída do poder de autogestão, havendo expressa previsão legal de elaboração de seu estatuto e de sua gestão pela Fundação Habitacional do Exército (art. 1º, §§ 2º e 5º, da Lei 6.855/1980) (peça 295, p. 6).

2.16. Por essas características, o MPTCU afirmou que a influência do Comando do Exército na gestão do Sistema FHE/Poupex está positivada desde a sua gênese, de modo que a Associação de Poupança e Empréstimo se distingue das associações civis definidas pelo art. 53 do Código Civil. E, por não vislumbrar interferência estatal indevida no funcionamento da Poupex, discordou da proposta de envio de cópias da instrução e da deliberação a ser adotada a diversos órgãos legitimados para arguição de descumprimento de preceito fundamental e propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (peça 295, p. 1 e 6).

2.17. O MP/TCU também não anuiu à aventada falta de competência do Comandante do Exército para exercer determinados atos relativos à FHE. Registrou que as propostas de determinações e recomendações relativas à FHE não devem ter como destinatário o Ministério da Defesa, mas, sim, a própria Fundação ou o Comando do Exército, a depender da natureza da providência em questão (peça 295, p. 2-3).

2.18. No tocante à acumulação de funções gerenciais na FHE e na Poupex, o Ministério Público de Contas não vislumbrou qualquer traço de vedação por parte do art. 3º da Lei 6.855/1980, pois o citado dispositivo se limita a estabelecer que “os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex serão cedidos e designados pela Fundação Habitacional do Exército – FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração” (peça 295, p. 4).

2.19. O Ministro Relator anuiu à abordagem do MP/TCU (peça 297, p. 10) e houve a prolação da decisão combatida (peça 296).

2.20. Neste momento, a FHE insurge-se contra a deliberação previamente descrita.

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se a proposta de conhecimento do recurso, nos termos do exame de admissibilidade de peça 346 e do despacho de peça 350.

EXAME DE MÉRITO

Delimitação

4. Preliminarmente, deve-se asseverar que não haverá análise da prescrição no presente processo, tendo-se em vista que não há que se falar em pretensão punitiva e ressarcitória.

4.1. O presente exame contempla as seguintes questões:

- a) natureza jurídica da Fundação Habitacional do Exército;
- b) se houve equívoco na decisão do TCU quanto aos recursos da Poupex;
- c) se a Lei de Acesso à Informação – LAI deve ser observada pela FHE;
- d) se a operação de remanejamento patrimonial denota a existência de privilégios à entidade;
- e) se houve a revogação do art. 20 da Lei 6.855/1980, sendo inaplicável exigência da realização de concurso público no âmbito da FHE;
- f) se há legalidade do exercício simultâneo de funções diretivas na FHE e na Poupex e se houve separação total da governança do sistema;
- g) se há indícios de prática de nepotismo no âmbito da FHE;
- h) se a entidade deve observar a Lei de Licitações e Contratos;
- i) se há legalidade nas determinações direcionadas às alterações nos estatutos da FHE e da Poupex.

5. Natureza Jurídica da Fundação Habitacional do Exército - FHE

5.1. A FHE diz que se trata de entidade de direito privado, consoante as Leis 6.855/1980 e 7.750/1989, e única no direito brasileiro: não administra recursos públicos, não exerce atividades típicas da Administração Pública, não trata de temas que se situem no âmbito do interesse público primário nem secundário (não lida com recursos públicos), além de não se beneficiar de patrimônio proveniente da União em suas operações (peça 340, p. 4).

5.2. Afirma que a Associação de Poupança e Empréstimo - Poupex, desde sua origem, é o órgão captador de recursos de poupança, inicialmente entre os militares e servidores públicos a ela associados e, depois, junto ao público em geral, viabilizando a produção de unidades habitacionais pela FHE, por meio de financiamentos (à produção do empreendimento) e, depois, à aquisição dos imóveis, pelos compradores finais –

que se tornavam mutuários da APE Pouplex. Na expressão do próprio Banco Central do Brasil – Bacen, ela era o braço financeiro da FHE. (peça 340, p. 4).

5.3. Delineia que a captação de recursos de terceiros, por meio da Pouplex, possibilitou que a FHE ali tivesse a sua fonte de recursos, em decorrência de expressa previsão legal, que lhe autorizou a participação nos resultados daquela associação (peça 340, p. 4).

5.4. Acrescenta que, também por previsão legal, à FHE foi permitida a concessão de empréstimos pessoais (cuja origem financeira está na participação dos resultados da Pouplex), o que provocou seu crescimento e fortalecimento (peça 340, p. 4).

5.5. Esclarece um fato que teria sido desconsiderado no acórdão combatido: na origem, houve pequeno aporte inicial de recursos públicos dirigidos à FHE. Porém, o art. 3º da Lei 7.750/1989 impediu-a de recebimento de recursos públicos. Mas, antes mesmo da edição dessa lei, por decisão de seu Conselho de Administração, a FHE deixou de recebê-los, a partir de 1988, e os tais recursos públicos originais foram integralmente restituídos em 1974 ao Tesouro Nacional, por meio de Ordem Bancária (Anexos I e II) (peça 340, p. 5).

5.6. Assim, não há, na FHE, utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome dela, assuma obrigação de natureza pecuniária (peça 340, p. 5).

5.7. Defende que a FHE não está, ao contrário do que indica a decisão recorrida, jungida ao Estado. As leis que regem a atuação da entidade lhe atribuíram o cumprimento de funções de interesse do Exército Brasileiro, notadamente de seus beneficiários, que, no entanto, não se confundem com funções estatais, nem se relacionam com interesses estatais primários ou secundários. Trata-se de interesses eminentemente privados que, por isso, não estão submetidos à interferência estatal ou à hierarquia, mas, evidentemente, se submete ao louvável controle finalístico.

5.8. Argumenta que os produtos da FHE voltados ao seu público (unidades habitacionais, financiamentos, empréstimos, seguros e consórcios) não veiculam interesse ou recursos estatais, nem têm qualquer relação com recursos públicos. Trata-se de recursos privados desde a origem, essencialmente (peça 340, p. 5).

5.9. Aduz que os vínculos com o Comando do Exército para efeito de controle finalístico de sua atuação e, ainda, a fiscalização de suas contas, por parte dessa do TCU, permaneceram inalteradas e são contributos essenciais à proficiente gestão da entidade (peça 340, p. 6).

5.10. Diz que o acórdão recorrido, a despeito de ter registrado que a FHE não recebe recursos do orçamento da união, entendeu que uma única operação específica – operação de remanejamento patrimonial – é suficiente para decretar que a Fundação “*utiliza recursos públicos em suas operações finalísticas*” (§ 73 do voto do e. relator, Min Marcos Bemquerer), tema objeto de apreciação específica (item III.7).

5.11. Afirma que tal decisão compromete a autonomia, a independência funcional da FHE, olvidou questões históricas, legais, além de desconsiderar gravosas consequências sociais, econômicas e administrativas de uma decisão que cinde por completo o sistema FHE Pouplex, que, em paráfrase com a biologia, são irmãs gêmeas siamesas (peça 340, p. 6).

5.12. Diz que a Fundação observa normas eminentemente dirigidas a entes de direito privado, i.e., Resoluções do Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil, na busca seguir as melhores práticas de mercado na regulação de seus produtos, que são essencialmente financeiros e securitários (peça 340, p. 6).

Análise

5.13. O Estado pode criar e instituir tanto fundação de direito público como de direito privado, para, por intermédio delas, oferecer aos cidadãos os serviços que julgar úteis e necessários ao bem-estar e ao desenvolvimento da sociedade.

5.14. Sobre os fundamentos históricos das fundações, extraem-se elucidativos excertos contidos no inteiro teor do acórdão proferido pela Corte Suprema, no âmbito do RE 716378/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1º e 7/8/2019 (Informativo STF 946):

A fundação tem origem no âmbito do direito privado, constituindo um patrimônio destacado, com personalidade jurídica. Por meio dela, se busca atingir finalidades socialmente relevantes, na forma do atual do art. 62, parágrafo único, do Código Civil e do antigo art. 24 do Código de Beviláqua. No Brasil, embora o direito português tenha sido a fonte de inspiração nesse tema (BAPTISTA, Cristina Paula Casal. As fundações no Direito português. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15 e seguintes), legalmente, só se ouviu falar sobre as fundações no início do século XX, quando a Lei nº 173 de 10/9/1903 conferiu personalidade jurídica a entidades sem fins

lucrativos científicas e religiosas. A fundação, como ente autônomo, é uma criação não de Roma, mas de Bizâncio, onde apareceram as instituições genericamente denominadas de *piae causae*, ou seja, os estabelecimentos de misericórdia como hospitais, orfanatos, asilos e outros de natureza assistencial (ARBULO, José del Campo. *Ley de fundaciones. Centro de Fundación*: Madrid, 1996, p. 24). Embora as fundações tenham sua origem na ideia de filantropia ou de mecenato e tenham se delineado formalmente e de maneira mais ampla na Idade Moderna, depois do Renascimento e da Reforma, somente ao final do século XVIII e nos séculos XIX e XX elas se expandiram e se consolidaram. Durante a segunda metade do século XX

“em contraste com os países socialistas, onde as fundações desapareceram por incompatíveis com o princípio de que o Estado e o Partido são as únicas fontes de bem-estar público, verifica-se uma expansão de fundações na Europa e nos Estados Unidos, sendo duas circunstâncias: de uma parte, as empresas, motivadas pelos incentivos tributários e em reavaliação de seu papel social, sobrepõem-se aos particulares no momento de constituir novas fundações, e, de outra, mudança de concepção dos fins que devam ter uma fundação, que do campo da caridade se deslocam para o campo da ciência de investigação, da cultura, dos direitos humanos, do meio ambiente etc” (PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações: origem e evolução histórica*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 140, out./dez., 1998, p. 46)

Não só houve uma ampliação no espectro das atividades realizadas pelas fundações privadas, como também, veremos a seguir, o poder público passou a instituir fundações públicas não só para a realização de serviços públicos próprios, mas também impróprios.

(...)

Antes da Constituição de 1988, a figura da fundação instituída e mantida pelo Estado foi muito utilizada como instrumento para a prestação de serviços de interesse público de cunho não econômico.

Algumas eram criadas como tais e outras eram transformadas de autarquias para fundações públicas, sob regime jurídico de direito privado. Conforme bem relatado por Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, “[Muitos festejaram] aquela espécie de ente como forma de prestação de serviços, sem as peias do regime de direito público [tese privatista, majoritária, sobretudo nas década de sessenta, após decreto-lei nº 900/69, e de setenta]. **Progressivamente, a doutrina publicista brasileira, defendida a partir de Celso Antônio Bandeira de Mello, ganhou fôlego. Digladiavam-se os autores a partir de dois posicionamentos. O primeiro defendendo a natureza tipicamente privada das fundações instituídas e mantidas pelo Estado do segundo defendendo serem meras espécies do gênero autarquia**” (As fundações públicas e a reforma do Estado. Disponível na internet no sítio eletrônico do Planalto). (grifos acrescidos)

5.15. Quanto ao assunto, importantes considerandos de José dos Santos Carvalho Filho sobre a *mens legis* trazida pela Emenda Constitucional 19/1998 ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 499):

Antes da Constituição de 1988, a administração fundacional não era empregada nem na doutrina nem no direito positivo. A divisão clássica da Administração consistia apenas na administração direta e indireta. A Constituição, no entanto, dispondo sobre os princípios administrativos, resolveu mencioná-la no art. 37, aludindo à administração direta, indireta ou fundacional.

[...]

Felizmente, porém, a inusitada impropriedade foi corrigida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que, dando nova redação ao caput do art. 37 da CF, consignou apenas as expressões “administração direta e indireta”, alteração que conduz à conclusão de que as fundações públicas nada mais são do que outra das categorias integrantes da Administração Indireta estatal. (grifos acrescidos)

5.16. No que toca à diferença entre fundações públicas e privadas, disse a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI RS 191, DJ 7/3/2008:

A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados” “Aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado,

possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração Pública (edições posteriores ao advento daquela Emenda), onde se observa: A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de direito privado: ‘somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação’. **A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia”** (grifos acrescidos)

5.17. O Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese quanto ao regime jurídico a ser aplicado às fundações (STF. Plenário. RE 716378/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 1º e 7/8/2019 (repercussão geral – Tema 545 – Informativo 946):

A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende:

- i) do estatuto de sua criação ou autorização e
- ii) das atividades por ela prestadas.

O controle das fundações públicas segue o mesmo regime de controle das autarquias: o administrativo que abrange o mérito, a legalidade e o controle financeiro exercido pelo TCU. As fundações com personalidade jurídica privada, instituídas e mantidas pelo Poder Público, embora regidas pelo direito privado submetem-se ao controle interno do Executivo e à fiscalização financeira e orçamentária pelo TCU. (grifos acrescidos).

5.18. Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise do regime jurídico a ser aplicado à Fundação Habitacional do Exército – FHE.

5.19. A FHE foi criada pelo Decreto 86.050/1981, com autorização da Lei 6.855/1980. A Lei 6.855/1980, em seu art. 1º, disciplinou que se trata de entidade com personalidade jurídica de direito privado e finalidade social. Esta tem por objetivo gerir a Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex (art. 1º, § 2º), bem como o seguinte:

Art 6º Compete, ainda, à Fundação Habitacional do Exército - FHE:

I - supervisionar a aplicação de recursos da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX concedidos a agentes promotores de programas habitacionais;

II - desenvolver, em caráter especial ou sistemático, estudos de natureza técnica e econômica, a fim de fornecer base à melhoria, aperfeiçoamento e inovações nos processos e técnicas relacionados com suas atividades;

III - realizar, diretamente ou em cooperação, estudos técnicos e científicos, visando às atividades do ramo de construção civil e afins, aos fatores de produção da habitação e ao treinamento de profissionais a elas vinculados;

IV - aprovar e coordenar programas especiais, em caráter de excepcionalidade, particularmente para os associados de baixa renda;

V - autorizar investimentos pela Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX em outras áreas onde o Banco Nacional da Habitação aplique seus próprios recursos, com o objetivo de obter maior rentabilidade do capital empregado, tendo em vista viabilizar programa imobiliário;

VI - adquirir terrenos para serem revendidos, sem caráter especulativo, aos agentes promotores que utilizem recursos da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX;

VII - atuar como sociedade mandatária dos associados da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX nas suas Assembléias, independentemente da outorga de mandato;

VIII - fiscalizar as obras e serviços de engenharia dos agentes promotores de que trata o inciso I.

5.20. Com o advento da Lei 7.750/1989, a finalidade da FHE foi ampliada para “*prestar apoio social aos militares do Exército, atendendo a diretrizes e orientação do Ministro do Exército, podendo, para esse fim, realizar as operações que se fizessem necessárias*”

5.21. Sobre a origem da FHE Poupex, transcreve-se trecho de matéria inserta no sítio <https://www.poupex.com.br/noticia/origem-da-fhe-poupex-completa-90-anos/>:

Origem da FHE Poupex completa 90 anos

Conhecida por transformar em realidade o sonho da casa própria, a FHE POUPEX comemorou [40 anos de existência em outubro do ano passado](#). Mas agora, em 2022, também temos uma data especial para celebrar. Nessa quinta-feira, 16 de junho, a origem do que viria a ser a FHE POUPEX completou 90 anos.

O início de tudo foi em 1932, com a criação da Caixa de Construções de Casas do Ministério da Guerra, que possibilitava a compra da moradia aos militares. Em 1969, a instituição tornou-se a Caixa de Financiamento Imobiliário do Exército. Em 1981, passou a se chamar Fundação Habitacional do Exército (FHE), cujo braço financeiro é a POUPEX. **Desde então, a FHE POUPEX expandiu sua missão de facilitar o acesso à casa própria, beneficiando não só a Família Militar, mas toda a população.** (grifos acrescentados)

5.22. Assim, desde a sua fundação, o “sistema FHE/Poupex”, como bem destacou o Ministro Relator, em seu Voto, foi criado com propósitos públicos, titularizado por um público-alvo específico (e posteriormente passou a abarcar toda a população), detentor de liberdade associativa (peça 297, p. 12).

5.23. O estatuto da Fundação Habitacional do Exército -FHE, aprovado pela Portaria do Comandante do Exército 1.300, de 10 de outubro de 2016, em seu art. 1º, vigente em 2017, dispôs sobre a natureza jurídica da entidade e, na sequência, tratou das legislações e princípios que a regem (peça 1, p. 8):

Art. 1º A Fundação Habitacional do Exército (FHE), criada pela Lei nº 6.855, de 18 de novembro de 1980, **é uma fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado, com finalidade social e sem fins lucrativos**, supervisionada pelo Comando do Exército.

(...)

Art. 2º A FHE reger-se-á pela Lei nº 6.855/1980, pela Lei nº 7.750, de 13 de abril de 1989, pelo presente Estatuto e pelas demais disposições legais e regulamentares aplicáveis ao SFH.

Parágrafo único. **A atividade da FHE deve pautar-se nos princípios da legalidade, razoabilidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, imparcialidade e publicidade, bem como nos ditames previstos na Constituição Federal de 1988.**

5.24. Na mesma linha, o Relatório de auditoria de gestão 1/2018 do Ministério da Defesa, ao identificar a unidade auditada destacou que **“A Fundação Habitacional do Exército (FHE) é uma fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e finalidade social. É integrante do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e vinculada ao Comando do Exército.”** (peça 5, p. 4).

5.25. A Portaria CEX 458, de 6/5/2020, que aprovou “a Diretriz para a atuação da Fundação Habitacional do Exército (FHE) e da Associação de Poupança e Empréstimo (Poupex)” delinea como uma das Premissas Básicas **“4.1 Verificar que a finalidade social, razão maior da existência da Fundação Habitacional do Exército, esteja presente, particularmente, nos instrumentos que permitam aos associados a aquisição de imóvel próprio.”**

5.26. A missão de facilitar o acesso à casa própria é intrinsecamente relacionada ao direito à moradia que está incluído dentre os direitos enumerados no artigo 6.º da Constituição da República, que são os direitos sociais, ao lado do direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. É inquestionável a finalidade social da entidade, o que está inclusive positivado nos seus normativos de regência.

5.27. Além disso, se observa que a FHE goza de poderes ou prerrogativas próprias do Poder Público. Nessa linha, o art. 31 da Lei 6.855/1980 disciplina que:

Art. 31. O patrimônio, a renda e os serviços vinculados às finalidades essenciais da Fundação Habitacional do Exército - FHE, ou delas decorrentes, pela sua origem e natureza, **gozam dos privilégios próprios da Fazenda Pública, quanto à imunidade tributária, prazos prescricionais, impenhorabilidade, foro, prazos e custas processuais** (grifos acrescentados).

5.28. Outra influência do direito público se revela pelo fato de, apesar de a Fundação Habitacional do Exército ser pessoa jurídica de direito privado, foi instituída e é supervisionada pelo Ministério do Exército (art. 1º, caput) e se submete às disposições do artigo 70, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal, por integrar o rol de entidades componentes da administração pública indireta.

5.29. Quanto à aplicabilidade do dispositivo constitucional à FHE, o STJ tem entendido, em sede de conflito de competência (relator do processo, ministro Cesar Asfor Rocha), **“que apesar das restrições previstas na Lei 7.750/89 à Fundação Habitacional do Exército, restaram mantidas a supervisão ministerial e as determinações do artigo 70 e seu parágrafo único da Constituição Federal”**. Tal vinculação decorre do interesse da União na fiscalização contábil, financeira e orçamentária junto aos órgãos da administração direta e

indireta, especialmente nas instituições administradoras de poupança privada ligadas ao Sistema Financeiro da Habitação" (Processo: CC 34889).

5.30. Ainda nessa temática, o art 16. da Lei 6.855/1990 dispõe que *"A prestação de contas da administração da Fundação Habitacional do Exército - FHE é submetida ao Ministério do Exército que, com o seu pronunciamento e os documentos previstos no [art. 42 do Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967](#), a enviará ao Tribunal de Contas da União."*

5.31. Voltando-se para a jurisprudência, tem-se o Enunciado 324 da Súmula de Jurisprudência do STJ, que trouxe o entendimento de que a Fundação Habitacional do Exército se equipara à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército, competindo à Justiça Federal processar e julgar as ações de que ela participa:

Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa **a Fundação Habitacional do Exército, equiparada à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército.** (SUMULA 324, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/05/2006, DJ 16/05/2006, p. 214).

5.32. Sobre os julgados que embasaram o enunciado acima, convém transcrever o seguinte:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 36.641-MS (2002/0102163-9) -Considerações contidas no Voto

Na hipótese em julgamento, também verifiquei, da documentação acostada aos autos do CC n. 36.642-MS, apenso, que a Fundação Habitacional do Exército tem personalidade jurídica de direito privado, como preceitua o artigo 1º da Lei n. 6.855/1980, além da Portaria n. 8, de 13 de janeiro de 1998, do Ministério do Exército, que aprovou o estatuto da referida Fundação. A portaria, em seu artigo primeiro, diz:

Art. 1º. A Fundação Habitacional do Exército - FHE, com sede e foro na cidade de Brasília-DF, criada pela Lei n. 6.855, de 18 de novembro de 1980, supervisionada pelo Ministério do Exército e com atuação em todo o território nacional, tem personalidade jurídica de direito privado, finalidade social e tempo de duração indeterminado e é integrante do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.

Todavia, é de se não perder de vista que o artigo 31 da mesma Lei n. 6.855/1980 preceitua:

Art. 31. O patrimônio, a renda e os serviços vinculados às finalidades essenciais da Fundação Habitacional do Exército - FHE, ou delas decorrentes, pela sua origem e natureza, gozam dos privilégios próprios da Fazenda Pública, quanto à imunidade tributária, prazos prescricionais, impenhorabilidade, foro, prazos e custas processuais.

O artigo 12, por sua vez, que trata dos recursos financeiros da Fundação, foi alterado pelo artigo 3º da Lei n. 7.750, de 13 de abril de 1989, citada no precedente do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, para retirar os recursos da União como fonte daqueles destinados à Fundação, enquanto o artigo 4º da referida Lei preconiza, verbis:

Art. 4º - Ressalvadas a supervisão ministerial e as determinações do artigo 70 e seu parágrafo único da Constituição Federal, à Fundação Habitacional do Exército - FHE não se aplicam outras disposições legais e regulamentares relativas às autarquias, às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração Indireta.

Nada obstante, com a devida vênia, creio dever ser mantido o entendimento desta Segunda Seção, no sentido da competência da Justiça Federal. É que, além de o artigo 31 da Lei n. 6.855/1980 entre outros privilégios, garantir à Fundação Habitacional do Exército o mesmo foro da Fazenda Pública, o parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 7.750/1989 ressalva ficar mantida a obrigação de a Fundação prestar contas ao Ministério do Exército e ao Tribunal de Contas da União. Continua ela pois, sendo supervisionada pelo Ministério do Exército, porquanto foi criada para beneficiar, prioritariamente, os militares ativos e inativos associados à Poupeex. Ademais, essa Lei n. 7.750/1989 não alterou o artigo 4º da lei criadora da Fundação Habitacional do Exército, o qual determina que os bens e direitos desta serão incorporados ao patrimônio da União, no caso de sua extinção. Em razão de tudo isso, continuo a entender que as causas nas quais participa a Fundação Habitacional do Exército, devem ser julgadas pela Justiça Federal, cuja competência se justifica, ainda mais, se se considerar o interesse remoto da União, a cujo patrimônio serão incorporados os bens e direitos da Fundação, no caso de sua extinção. (grifos acrescentados)

5.33. Nessa linha, o entendimento da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) trazido no Resp 1802320-SP (Rel Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 16/12/2019):

(...) embora o **artigo 3º** da Lei 7.750/1989 estabeleça que não serão destinados recursos orçamentários da União à fundação do Exército, **sua equiparação com autarquia federal permanece válida, tendo em vista que o artigo 4º da mesma lei lhe impõe a supervisão ministerial.**

Além disso, ressaltou o relator, o **artigo 31 da Lei 6.855/1980 dispõe que o patrimônio da FHE goza dos privilégios próprios da Fazenda Pública, inclusive quanto à impenhorabilidade.** Dessa forma, apontou, a prerrogativa decorre da própria lei e, portanto, não pode ser afastada por decisão judicial.

Outro ponto destacado pelo ministro Benedito Gonçalves diz respeito ao fato de a FHE estar submetida, obrigatoriamente, às regras da Lei 8.666/1993, no sentido de que as alienações de seus imóveis devem ser precedidas de regular procedimento licitatório.

"Portanto, diante dessas ponderações, é forçoso concluir que a FHE, ainda que não mais receba recursos orçamentários da União, permanece sendo assemelhada com entidade autárquica federal em razão das suas características peculiares. Dessa forma, não há como elidir a impenhorabilidade de seus bens, cuja consequência lógica acarreta a exclusão da FHE do polo passivo da ação cautelar de **arresto**", concluiu o ministro." (grifos acrescidos)

5.34. No que toca à influência das normas de direito público sobre entidades constituídas sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, extrai-se excertos de conteúdo de julgado proferido no âmbito desta Corte de Contas (Acórdão 756/2015 – TCU – Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas):

60. Diante disso e tendo em vista o fato de que a constituição dessas entidades sob a forma de pessoa jurídica de direito privado ocorreu muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, entendo que a singularidade do HSP e da SPDM em nada muda a função institucional a que eles efetivamente se prestam em relação à Unifesp, a saber: o hospital opera atualmente como hospital universitário, atuando em nome da universidade no desenvolvimento de suas atividades e na prestação de seus serviços, e a entidade mantenedora desempenha o papel de fundação de apoio às atividades da universidade e do hospital universitário.

61. A propósito, destaco que, em linha de raciocínio semelhante ao ora defendido, tanto o STJ quanto o STF já reconheceram a imprecisão técnica na definição da personalidade jurídica de entidades prestadoras de serviços públicos criadas antes da Constituição Federal de 1988, a fim de fazer prevalecer a natureza jurídica que “de fato” essas entidades possuem, em detrimento da forma sob a qual foram constituídas.

62. Nesse sentido, cito, por exemplo, o Recurso Extraordinário 599.628/RS, no qual o STF entendeu que o Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, a despeito de ser constituído sob a forma de sociedade economia mista, faz jus à imunidade tributária prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal de 1988 (Relator: Min. Joaquim Barbosa, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, DJe de 06/10/2011).

63. Já no caso do STJ, vale mencionar o Enunciado 324 da Súmula de Jurisprudência daquela Corte, que consubstanciou o entendimento de que a Fundação Habitacional do Exército, independentemente de ser constituída como pessoa jurídica de direito privado, equipara-se à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército, competindo à Justiça Federal processar e julgar as ações de que ela participa (grifos acrescidos).

5.35. Sobre a coexistência do regime dual em relação às fundações, faz-se importante também destacar considerações da jurista Odete Medauar:

"[A]parecem, na doutrina e na jurisprudência, afirmações no sentido de que as fundações públicas são espécies do gênero autarquia, sendo, portanto, autarquias. Parece melhor aceitar que, embora possam ter semelhanças com as autarquias, as fundações foram criadas nas últimas décadas por iniciativa do Poder Público são uma nova forma de descentralização por serviço, um novo tipo de pessoa administrativa (...). Parece estranho uma entidade ser tida como espécie de outra [autarquia] sem se confundirem nos seus conceitos (...). Trata-se, portanto de outra entidade, como prevê a legislação brasileira. Mesmo distanciando-se das características das fundações apontadas no direito civil, sobretudo por faltar, muitas vezes a reserva de patrimônio destinada a um fim. O ordenamento intitulou-as fundações públicas, como entidades da Administração indireta, que

realizam atividades que o Poder Público assume para atendimento de fins de interesse geral” (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. São Paulo: RT, 1998. p. 87).

5.36. A exigência de que se verifique qual o regime jurídico real a ser aplicado ao caso concreto para se concluir sobre a natureza jurídica dessa ou daquela fundação pública, se de direito público ou de direito privado, já foi tratada por renomados administrativistas:

“Saber se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Público ou de Direito Privado é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168).

5.37. O que se conclui é que ainda que se leve em consideração a complexidade do tema relativo à natureza jurídica que envolve a Fundação Habitacional do Exército, algumas peculiaridades, inclusive positivadas na sua lei de regência, demonstram que a entidade goza de poderes ou prerrogativas próprias do Poder Público:

- a) FHE se originou de aportes efetuados pela União,
- b) a FHE não recebe recursos do Orçamento da União, mas edifica em terrenos obtidos mediante permuta de bens que integravam o ativo imobilizado da União, em operações denominadas Remanejamentos Patrimoniais;
- c) a FHE pode receber imóveis doados pela União,
- d) está prevista a dispensa de licitação para a venda ou permuta de imóveis da União com a FHE,
- e) os seus bens e direitos reverterão à União caso a Fundação venha a ser extinta;
- f) o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às finalidades essenciais da Fundação Habitacional do Exército - FHE, ou delas decorrentes, pela sua origem e natureza, gozam dos privilégios próprios da Fazenda Pública, quanto à imunidade tributária, prazos prescricionais, impenhorabilidade, foro, prazos e custas processuais;
- h) submissão à lei de licitações e contratos (art. 18);
- i) obrigatoriedade de realização de concurso público (art. 20).
- j) supervisão ministerial, os controles interno e externo (art. 4º), a prestação de contas da Pouplex à FHE e desta última ao Ministério do Exército (art. 4º, § 1º).

5.38. Assim, diferentemente do que afirma a defendente, não é apenas a operação de remanejamento patrimonial que justifica a submissão da Fundação Habitacional do Exército às normas de direito público.

5.39. No que toca aos seus recursos, conforme afirma a recorrente, a entidade foi criada inicialmente com aporte de recursos públicos, consoante o art. 12, da Lei 6.855/1980:

Art 12. Os recursos financeiros da Fundação são provenientes de:

I - dotações consignadas no Orçamento Geral da União;

II - auxílios fornecidos pelo Fundo do Exército e outros Fundos Especiais e Financeiros, com base nesta autorização;

III - subvenções e auxílios da União, dos Estados e dos Municípios;

IV - retribuição pela prestação de assistência técnica especializada e administrativa, inclusive pela prestação de fiança às pessoas de que trata o caput do art. 8º para locação de imóvel;

V - participação nos resultados da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEx;

VI - renda de empréstimos simples, concedidos exclusivamente com os recursos previstos no inciso anterior;

VII - contribuições; e

VIII - rendas eventuais.

5.40. Posteriormente, com o advento da Lei 7.750/1998 houve a proibição da destinação de recursos orçamentários da União (art. 3º):

Art. 3º À Fundação Habitacional do Exército - FHE não serão destinados recursos orçamentários da União.

5.41. É importante frisar que, diferentemente do que afirma a defendente, o acórdão combatido reconheceu o não recebimento de recursos advindos do Orçamento da União (peça 297, p. 11):

32. **Acrescento que a FHE não recebe recursos do Orçamento da União**, mas edifica em terrenos obtidos mediante permuta de bens que integravam o ativo imobilizado da União, em operações denominadas Remanejamentos Patrimoniais, assim descritas no Relatório de Gestão. (grifos acrescentados).

5.42. Além disso, independentemente da verificação de que houve a devolução dos recursos recebidos do Tesouro Nacional, consoante ordem bancária colacionada pela recorrente à peça 340, p. 28, considera-se acertada conclusão do Ministro Relator nos presentes autos de que há a incidência do direito público sobre a FHE (peça 297, p. 11-12):

30. A título de exemplo, entre outras matérias que serão abordadas ao longo deste Voto, menciono que **o art. 18 da Lei 6.855/1980 vincula a FHE a observar, até que sejam editadas suas normas próprias, as regras de licitações contidas no Título XII do Decreto-lei 200/1967, sucedido pelo Decreto-Lei 2.300/1986 e pelas Leis 8.666/1993 e 14.133/2021. Já o art. 20 da Lei 6.855/1980 impõe à FHE a realização de concurso público para contratação de pessoal, exceto para as funções de confiança.**

31. Nesse contexto, **entendo que a influência do Poder Público sobre as referidas entidades se justifica pela afetação da FHE à finalidade de prestar assistência social a um grupo determinado de servidores públicos (militares do Exército), embora não exclusivo, bem como pelo fato de a Pouplex ter recebido personalidade jurídica e aporte inicial de patrimônio público para instrumentalizar os objetivos da Fundação.**

5.43. Ante o exposto, quer se entenda que a FHE é uma fundação pública, conforme previsto na Lei 6.855/1980 ou, uma entidade equiparada a uma autarquia federal, posição adotada pelo STJ, é inquestionável a existência de normas de direito público que derrogam o regime jurídico privado a reger a entidade, inclusive porque, conforme destacado em itens precedentes, a entidade desfruta, no seu relacionamento com a União, de privilégios não disponíveis a entidades privadas que exercem atividades de mesma natureza, ou seja, goza de poderes ou prerrogativas próprias do Poder Público.

6. Equívoco da decisão recorrida quanto ao recebimento de recursos públicos pela Pouplex

6.1. A FHE defende que houve equívoco no acórdão combatido, pois a Pouplex jamais recebeu dinheiro público de qualquer natureza (peça 340, p. 7).

6.2. Esclarece que a Pouplex foi destinatária, por determinação legal expressa, de obrigações legais, vinculadas ao Sistema Financeiro Habitacional, de responsabilidade da então Caixa de Financiamento do Exército (obrigações legais relacionadas ao SFH e nada mais), tal como consignado no art. 32 da Lei 6.855/1980 (peça 340, p. 7).

Análise

6.3. Consoante art. 1º parágrafo 3º da Lei 6.855/1980 “*A Associação de Poupança e Empréstimo – POUPEX, a ser criada pela Fundação Habitacional do Exército – FHE, terá a forma de sociedade civil em âmbito nacional.*”

6.4. O Voto do Ministro Relator relatou posição do MP/TCU, que bem destacou que a Pouplex (peça 298, 55):

é uma Associação de Poupança e Empréstimo (APE) regida pela Lei n.º 6.855/1980 e pelo Decreto-Lei n.º 70/1966, fiscalizada pelo Banco Central do Brasil em sua atuação e submetida às regras do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário. Descabida, por certo, a identificação das associações de poupança e empréstimo com as associações civis definidas pelo art. 53 do Código Civil (união de pessoas que se organizam para fins não econômicos), essas sim mais vocacionadas para receberem a proteção plena do art. 5.º, inciso XVIII, da Constituição Federal”.

6.5. Consoante informações extraídas do seu sítio na internet, “*a Pouplex é a única Associação de Poupança e Empréstimo em funcionamento no Brasil. Trata-se de uma instituição civil mutualista, sem fins lucrativos, que atua em todo o território nacional e opera com recursos captados em caderneta de poupança. Foi criada em 1982 e é regida pela Fundação Habitacional do Exército (FHE).*” (in <https://www.pouplex.com.br/institucional/quem-somos/>).

6.6. A Pouplex não tem o poder de autogestão próprio das associações civis típicas, pois a FHE foi criada para geri-la (art. 1.º, § 2.º, da Lei 6.855/1980) e elaborar seu Estatuto (art. 1.º, § 5.º).

6.7. A recorrente diz que a Pouplex jamais recebeu dinheiro público de qualquer natureza e destaca o subitem 31 do Voto que teria consignado de forma diversa (peça 340, p. 7).

6.8. De fato, há diferenciação na lei quanto aos recursos da FHE e da Poupex (arts. 12 e 13 da Lei 6.855/1980), sendo que a primeira recebeu aportes advindos do orçamento geral da união quando de sua criação:

Art 12. Os recursos financeiros da Fundação são provenientes de:

I - dotações consignadas no Orçamento Geral da União;

II - auxílios fornecidos pelo Fundo do Exército e outros Fundos Especiais e Financeiros, com base nesta autorização;

III - subvenções e auxílios da União, dos Estados e dos Municípios;

IV - retribuição pela prestação de assistência técnica especializada e administrativa, inclusive pela prestação de fiança às pessoas de que trata o caput do art. 8º para locação de imóvel;

V - participação nos resultados da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX;

VI - renda de empréstimos simples, concedidos exclusivamente com os recursos previstos no inciso anterior;

VII - contribuições; e

VIII - rendas eventuais.

Art 13. Os recursos da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX serão os previstos no seu Estatuto, de acordo com a legislação que rege a matéria. (grifos acrescidos)

6.9. O Estatuto da Poupex, quanto aos seus recursos, consignou o que se segue (Portaria do Comandante do Exército 160 de 6/3/2017 – vigente à época da prestação de contas - peça 239, p. 13):

Art. 35 Os recursos da POUPEX são provenientes de:

I - depósitos de poupança dos seus associados;

II - depósitos da FHE, do Fundo do Exército, dos demais Fundos Especiais e Financeiros (artigos 14 e 15 da Lei nº 6.855, de 18 de novembro de 1980) e de outros depósitos provenientes de órgãos e entidades que venham a firmar contratos ou convênios nesse sentido;

III - empréstimos ou assistências financeiras obtidos junto a bancos oficiais e entidades do SFH;

IV - empréstimos ou financiamentos contraídos no país ou no exterior, neste caso, autorizados pelo órgão fiscalizador das entidades integrantes do SFH;

V - refinanciamento de aplicações;

VII - cessão ou venda de créditos imobiliários;

VIII - outras fontes autorizadas para os agentes do SFH; e

VI - negociação de títulos com lastro em crédito imobiliário. (grifos acrescidos)

6.10. O mesmo normativo também disciplina que:

Art 14. Os recursos do Fundo do Exército e dos demais Fundos Especiais e Financeiros poderão ser depositados na Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX, assegurados os direitos previstos no Estatuto.

Art 15. Os recursos da Fundação Habitacional do Exército - FHE serão depositados na Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX nas condições do artigo anterior.

6.11. A prestação de contas da Poupex, quanto aos recursos que a FHE lhe conceder, deve ser encaminhada à FHE e desta última ao Ministério do Exército (art. 4º, § 1º).

6.12. Dessa forma, conforme bem destacou o Ministro Relator em seu Voto, “a influência do Comando do Exército na gestão do Sistema FHE/Poupex está positivada desde a sua gênese, de modo que a Associação de Poupança e Empréstimo se distingue das associações civis definidas pelo art. 53 do Código Civil” (peça 297, p. 10).

6.13. Independentemente da natureza privada dos recursos que a compõe, não se pode olvidar que tais recursos são também provenientes de depósitos da FHE, que conforme já destacada nesta instrução, possui direitos e prerrogativas próprias do poder público derrogação do direito privado, bem como a finalidade prestar assistência social.

7. Não incidência da Lei de Acesso à Informação-LAI à FHE e a Poupex

7.1. A FHE informa que passará divulgar todas as informações a que se referem os itens 9.2.2.2. da decisão recorrida, bem como a adotar critérios eficientes, públicos e detalhados para seleção dos interessados em comercializar seus imóveis (peça 340, p. 8).

7.2. Aduz que a LAI é dirigida às questões que envolvam a utilização de recursos públicos e não alcança a gestão de entidade que lida exclusivamente com recursos privados na concessão de crédito imobiliário, crédito pessoal, seguros e consórcios para militares e demais beneficiários da Instituição (peça 340, p. 8).

7.3. Ressalta o conteúdo do art. 1º, parágrafo único da LAI e diz que a FHE não é destinatária do controle, direto ou indireto da União, pois não recebe recursos públicos. Além disso, o art. 4º da Lei 7.750/1989, ao dispor expressamente que à FHE não se aplicam as normas relativas às autarquias e fundações públicas, retirou a Fundação do campo de incidência das normas gerais da Administração Indireta e, como é cediço, lei especial anterior (Lei 7.750/1989) não é revogada por lei geral posterior (LAI). É assim expresso na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Lei 12.376/2010) (peça 340, p. 8-9).

7.4. Requer que seja reconhecido que a LAI, como um todo, não incide à FHE e que as informações a que a FHE está sujeita à divulgação, no âmbito da LAI, excluam a aplicação de recursos privados de suas operações (peça 340, p. 9 e 24).

7.5. Alternativamente, caso se entenda de forma diversa, pleiteia que seja afastada a incidência da LAI especificamente no tocante à necessidade de divulgação da remuneração de empregados e Diretores da Pouplex, bem como dispense a FHE de apresentar os Termos de Classificação de Informação referentes aos documentos apresentados ao TCU (peça 340, p. 9 e 24).

7.6. Defende que a determinação para que as remunerações dos empregados e dirigentes da Pouplex seja divulgada não encontra respaldo na LAI ou no Decreto 7.724/2012, tampouco respeita a natureza dos recursos empregados para pagamento dessas pessoas, além de vilipendiar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018, e normas trabalhistas que regem a relação da Pouplex com seus empregados que, evidentemente, não permitem a divulgação da remuneração dos obreiros (haveria necessidade de consentimento expresso dos empregados, o que não ocorre) (peça 340, p. 9-10).

7.7. Aduzem que a determinação vulnera a própria norma invocada para lhe dar suporte, porque empregados da Pouplex não exercem, nem mesmo por analogia, “*cargo, posto, graduação, função e emprego público*” (peça 340, p. 10).

7.8. Requer seja reconhecida a não incidência da LAI à Pouplex, sendo afastada a obrigação de divulgação dos salários de empregados e dirigentes na internet (peça 340, p. 10).

Análise

7.9. A Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei 12.527/2011) tem o objetivo de garantir o acesso a informações, direito este já assegurado pela Constituição Federal de 1988, dando a todos o direito de receber dos órgãos públicos e demais entes subordinados à lei informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

7.10. Tal lei materializa o princípio da transparência e se liga à ideia de Estado Democrático de Direito, sendo um dos alicerces da democracia, pressupondo a existência de mecanismos que permitam o livre acesso à informação e a consequente participação do cidadão na gestão pública. Configura-se, portanto, a publicidade, a motivação e a participação popular como subprincípios da transparência administrativa (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37).

7.11. Consoante art. 1º, parágrafo único, subordinam-se ao regime da lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - **as autarquias, as fundações públicas**, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (grifos acrescidos)

7.12. O artigo 2º disciplina que se aplicam às disposições da Lei, no que couber às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

7.13. O Decreto 7724/2012 que regulamentou, no âmbito do Poder Executivo Federal, os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso também dispõe em seu art. 5º que “*sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.*”

7.14. Observa-se que os normativos são claros e autoexplicativos e, como é cediço, sua área de abrangência, no que concerne aos destinatários, é extensa.

7.15. De acordo com o seu estatuto, a FHE é uma fundação pública (peça 237, p. 1). Consoante Súmula 324 do STJ tem natureza jurídica equiparada às autarquias federais. Quer se considere a lei ou a jurisprudência,

a submissão da FHE à Lei de Acesso à Informação é clara, não se afastando a sua aplicabilidade em razão de não receber recursos públicos.

7.16. No que toca ao princípio da transparência deve-se destacar que a Instrução Normativa TCU 84/2020, que estabelece normas para a prestação de contas pela Administração Pública, na qual se insere a FHE, determina, em seu art. 9º, § 4º, que as informações apresentadas devem conter links para todos os relatórios e informes de fiscalização produzidos pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo controle externo durante o exercício financeiro, relacionados à UPC [Unidades Prestadoras de Contas] e que tenham sido levados a seu conhecimento, com as eventuais providências adotadas em decorrência dos apontamentos da fiscalização, bem como os resultados das apurações realizadas pelo TCU em processos de representação relativa ao exercício financeiro, relacionados à UPC, e as providências adotadas.

7.17. A recorrente alega que o art. 4º da Lei 7.750/1989 teria retirado a fundação do campo de incidência das normas gerais da Administração Indireta, e, por isso, a LAI não se aplica à entidade.

7.18. Discorda-se da argumentação. Primeiramente porque tal artigo não deve ser interpretado isoladamente, necessitando-se considerar todos os demais normativos que se aplicam à entidade vigentes no mundo jurídico. Segundo, porque o próprio art. 4º da Lei 7.750/1989 consigna a supervisão ministerial e as disposições do art. 70, § único da CF como de observância obrigatória pela entidade.

7.19. Para melhor entendimento do contexto do mencionado no dispositivo da Lei 7.750/1989 convém destacar conteúdo do despacho à sanção do PL 805/1988 (que foi transformado na Lei 7.750/1989 e constante da exposição de motivos desta) no qual se discutiu a Emenda nº 1, apresentada pelo Senador José Paulo Bisol. Tal foi aprovada e introduziu alterações no art. 4º do projeto, com a finalidade de sujeitar a Fundação Habitacional do Exército à prestação de contas, conforme determinada no art. 70 e parágrafo único da Constituição Federal, bem como nos arts. 16 e 17 da Lei 6.855/1980, que criou a supracitada fundação, pelo seguinte motivo (Diário do Congresso Nacional, Seção 1, 30 de março de 1989, p. 1573):

O art. 10 da Lei nº 6.855, de 18-11-80, transferiu à Fundação Habitacional do Exército, passando a integrar o seu patrimônio, os bens e direitos da Caixa de Financiamento Imobiliário do Exército, inclusive os de natureza orçamentária. **Por conseguinte, o patrimônio da FHE é público, ela recebeu acervo público. Não há como isentá-la de qualquer controle ou fiscalização.** (grifos acrescidos).

7.20. Fazendo a conexão entre o dever de prestar contas e o princípio da transparência convém transcrever excertos contidos no sítio do TCU sobre o contexto geral das prestações de contas (<https://portal.tcu.gov.br/contas/contas-e-relatorios-de-gestao/contexto-geral-das-prestacoes-de-contas.htm>).

A Prestação de Contas Anual é um dever estabelecido na Constituição que obriga tanto o Presidente da República quanto os administradores de órgãos e entidades do setor público (arts. 70 e 71 da Constituição Federal). Ao Presidente cabe prestar as contas consolidadas de todo o governo. Aos demais administradores, cabe prestar contas dos resultados alcançados na gestão dos recursos confiados à sua responsabilidade em face dos objetivos de interesse coletivo estabelecidos pelo poder público (accountability). Essa prestação de contas toma a forma de uma autoavaliação.

(...)

O propósito da prestação de contas é assegurar a transparência e a responsabilidade na administração pública, bem como dar suporte às decisões de alocação de recursos, promover a defesa do patrimônio público e, sobretudo, informar aos cidadãos, que são os usuários dos bens e serviços produzidos pela administração pública e principais provedores dos recursos para o seu funcionamento.

A prestação de contas anual das organizações do setor público deve proporcionar uma visão estratégica e de orientação para o futuro quanto à sua capacidade de gerar valor público em curto, médio e longo prazos, bem como do uso que fazem dos recursos públicos e seus impactos na sociedade. Se constitui assim em um dos principais instrumentos democráticos de comunicação entre governo, cidadãos e seus representantes. (grifos acrescidos).

7.21. Assim, quer se considere que a FHE é uma fundação pública ou está equiparada a uma autarquia federal, mas especialmente levando-se em conta as peculiaridades que envolvem a entidade, as suas normas regentes e as prerrogativas e sujeições, com clara derrogação do regime privado se entende que a LAI se aplica a esta.

7.22. No que toca à Poupex, deve-se salientar que as determinações que envolveram a transparência das informações se dirigiram à FHE, que é a entidade jurisdicionada ao TCU (subitens 9.2.2.1 e 9.2.2.2 do acórdão combatido).

7.23. Tanto a determinação para o encaminhamento dos termos de classificação de documentos (subitem 9.2.1 do acórdão combatido) quanto para a divulgação das remunerações recebidas pelos membros do Conselho Administrativo da FHE e da Poupex, pelo Presidente, Vice-Presidente e Diretores da FHE e da Poupex, por ocupantes de funções de confiança e por empregados da FHE e da Poupex (subitem 9.2.2.1.7), tiveram como fundamento o Decreto 7.724/2012.

7.24. Tal normativo regulamenta, no âmbito do Poder Executivo federal, os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados grau e prazo de sigilo, conforme o disposto na [Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#), que dispõe sobre o acesso a informações previsto no [inciso XXXIII do caput do art. 5º](#), no [inciso II do § 3º do art. 37](#) e no [§ 2º do art. 216 da Constituição](#).

7.25. Consoante art. 5º do decreto mencionado, sujeitam-se ao disposto no normativo os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

7.26. Pelo fato de ser uma entidade submetida ao Decreto 7.724/2012, não há justificativa para o afastamento da determinação constante do subitem 9.2.1 do acórdão vergastado.

7.27. De acordo com o Estatuto da FHE, o Comandante do Exército tem poder para livremente nomear e exonerar os componentes do seu Conselho Administrativo (art. 6º, §4º - peça 237, p. 19) e da sua Diretoria Colegiada (art. 12, peça 237, p. 20). Os membros do CA/FHE, com exceção dos militares da ativa, também integrarão o Conselho de Administração da Poupex (Art. 6º, §9º - peça 237, p. 19). O estatuto da Poupex, em seu art. 19, §1º, prevê que o Presidente, Vice-Presidente e os Diretores da FHE (membros da Diretoria Colegiada) exercerão os mesmos cargos na Poupex (peça 239, p. 7).

7.28. No que toca aos recursos utilizados para a remuneração dos empregados, deve-se destacar que os empregados da FHE serão remunerados apenas por esta (art. 29, do estatuto da Poupex – peça 237, p. 26). Os dirigentes da FHE que acumularem funções na Poupex serão remunerados pelo exercício de cada uma das atividades, percebendo remuneração independente de cada pessoa jurídica (art. 30 do estatuto da Poupex, peça 237, p. 26). A FHE regulará a remuneração paga pela Poupex aos seus dirigentes, devendo informar os respectivos valores ao Comandante do Exército (art. 30, parágrafo único, peça 237, p. 26).

7.29. O art. 3º da Lei 6.855/80, dispõe que “os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex serão cedidos e designados pela Fundação Habitacional do Exército – FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração.”

7.30. Assim, a previsão legal de remuneração dos dirigentes da Poupex com recursos da FHE é uma decorrência lógica do fato de a Poupex não deter capacidade de auto-organização e autogestão. Conforme previsto no art. 1º, § 2º, da Lei 6.855/1980, a gestão da Poupex foi atribuída a uma outra pessoa jurídica, no caso a FHE.

7.31. Desse modo, considerando-se novamente a influência do setor público sobre o privado, bem como do Comando do Exército e a utilização de recursos da FHE para o pagamento dos empregados que ocupam os mesmos cargos na Poupex, entende-se que as determinações combatidas se harmonizam com o ordenamento jurídico, não devendo ser afastadas.

7.32. A despeito de ter expendido várias considerações sobre o tema a fim de afastar a incidência da LAI, a FHE informa que passará divulgar todas as informações a que se referem os itens 9.2.2.2. da decisão recorrida, bem como adotará critérios eficientes, públicos e detalhados para seleção dos interessados em comercializar seus imóveis (peça 340, p. 8).

8. **Remanejamento Patrimonial: inexistência de benefícios à FHE**

8.1. A FHE diz que a operação de remanejamento patrimonial não traz benefícios ou posição de privilégio à fundação. Há pontos não examinados por essa Corte de Contas sobre a operação de remanejamento patrimonial que alteram a equivocada visão de que FHE utiliza recursos públicos porque recebe imóveis da União em permuta para cumprir sua finalidade legal e estatutária (peça 340, p. 10).

8.2. Recobra que o contrato de permuta, por natureza, é sinalagmático (as partes se obrigam mutuamente), oneroso (não gratuito) e consensual. Não há, portanto, uma “vinda” benéfica do imóvel da União/Comando do Exército à FHE. Há, sempre, uma ida, da FHE à União/Comando do Exército executando obras indicadas pelo Exército e no seu interesse, cuja edificação, por parte da Força Terrestre, seria onerosa ou traria obstáculos de ordem geográfica, temporal, prática e financeira (peça 340, p. 10).

8.3. Relata que a operação de remanejamento patrimonial consiste em permuta de imóvel que não atende mais aos interesses da União/Exército Brasileiro por edificações a serem construídas pela FHE. Tal operação respeita, prioritariamente, o interesse do Comando do Exército e tem exatamente essa feição legal (peça 340, p. 11).

8.4. A FHE, ao revés do que deixa entrever a decisão recorrida, não tem vantagem, lucro, benefício financeiro ou resultado positivo com essas operações, nem, tampouco, se vale desses imóveis para edificar seus empreendimentos e cumprir sua finalidade (peça 340, p. 11).

8.5. Outro ponto relevante que afasta a idéia de que há utilização de recursos públicos para alcançar a finalidade institucional, é o fato de que se o imóvel ingressar no patrimônio da FHE por um valor X, a FHE deve, à União, o mesmo valor X, em obras a serem edificadas. Assim, trata-se de uma permuta e não de uma doação (peça 340, p. 11).

8.6. Anota que todas as edificações construídas pela FHE para a finalidade em questão são precedidas de regular processo licitatório (cf. Acórdão 1149/2013-TCU -Plenário e Acórdão 1146/2006-TCU - Plenário), às expensas da Fundação (peça 340, p. 11).

8.7. Assim, ao invés de vantagem, a operação de remanejamento patrimonial coloca a FHE, mais das vezes, em posição de desvantagem, se forem bem observadas as nuances e a complexidade inerentes à transação (peça 340, p. 11).

8.8. Requer a reforma da decisão recorrida para que sejam efetivamente observadas as nuances da operação de remanejamento patrimonial.

Análise

8.9. Primeiramente, de acordo com a Lei 6.855/1980, a transferência de imóveis da União à FHE pode-se dar mediante a doação dos imóveis sob a jurisdição do Comando do Exército, que não atendam às necessidades da Força, bem como mediante a venda e a permuta.

Art. 30 - O Ministério do Exército autorizado a doar, à Fundação Habitacional do Exército - FHE, bens imóveis da União, sob sua Jurisdição, cuja utilização ou exploração não atenda mais às necessidades do Exército. ([Redação dada pela Lei nº 7.059, de 1982](#))

§ 1º - As doações de bens imóveis feitas na conformidade deste artigo serão obrigatoriamente comunicadas ao órgão próprio responsável pelo patrimônio da União, para os fins do disposto no [art. 13, item VI, do Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967](#), na redação dada pelo [art. 10 da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968](#). ([Incluído pela Lei nº 7.059, de 1982](#))

§ 2º - Os imóveis da União, sob a jurisdição do Ministério do Exército, quando postos à venda, poderão ser oferecidos, antes de qualquer procedimento licitatório, a aquisição pela Fundação Habitacional do Exército. ([Incluído pela Lei nº 7.059, de 1982](#))

§ 3º - Na venda ou permuta de imóveis da União, das Entidades da Administração Indireta, e de Fundações criadas por lei, a serem adquiridos pela Fundação Habitacional do Exército, inclusive com recursos orçamentários, é dispensada a licitação. ([Incluído pela Lei nº 7.059, de 1982](#))

§ 4º - Os imóveis doados pela União à Fundação Habitacional do Exército, para a consecução de seus objetivos, serão por ela livremente utilizados ou alienados. ([Incluído pela Lei nº 7.059, de 1982](#))

§ 5º - Aplica-se o disposto no art. 26 desta lei nas doações, vendas ou permutas a que se referem o "caput" e o § 3º deste artigo. ([Incluído pela Lei nº 7.059, de 1982](#))

8.10. Veja-se que a doação, venda e permuta são institutos distintos.

8.11. A doação abarcará bens imóveis da União, sob sua Jurisdição, cuja utilização ou exploração não atenda mais às necessidades do Exército (art. 30). Na doação há a transmissão do bem imóvel de forma gratuita, pela liberalidade do doador, desde que cumprido o requisito mencionado de o bem imóvel não atender mais às necessidades do Exército.

8.12. No caso da venda e da permuta há a contraprestação, sendo que a permuta é um contrato sinalagmático, exige que as partes se obriguem mutuamente, conforme afirma a recorrente.

8.13. A defendente alega que não haveria uma vinda benéfica ou privilégio tendo-se em vista que a FHE deve executar obras indicadas pelo Exército e no interesse deste no mesmo valor do imóvel recebido. Ademais, diz que a operação de remanejamento patrimonial coloca a FHE, mais das vezes, em posição de desvantagem, se forem bem observadas as nuances e a complexidade inerentes à transação

8.14. Os argumentos não devem ser acatados.

8.15. Especificamente no caso dos remanejamentos patrimoniais (permutas no âmbito da entidade), os privilégios destacados na deliberação combatida (direito de preferência e dispensa de licitação) não se referiram

à vantagem econômica, mas sim, à derrogação de normas do direito privado aplicando-se normas próprias de relação de direito público. Mas não é somente isso, conforme se verá adiante.

8.16. A própria Lei 6.855/1980 menciona o termo “privilégios” ao dispor que “*o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às finalidades essenciais da Fundação Habitacional do Exército - FHE, ou delas decorrentes, pela sua origem e natureza, gozam dos privilégios próprios da Fazenda Pública, quanto à imunidade tributária, prazos prescricionais, impenhorabilidade, foro, prazos e custas processuais* (art. 31).” (grifos acrescidos)

8.17. Consoante destacado no relatório de gestão da entidade, os remanejamentos patrimoniais, são operações imobiliárias caracterizadas principalmente pela permuta de terrenos de propriedade da União, jurisdictionados ao Comando do Exército, por edificações, a serem construídas pela FHE e entregues ao Exército, como contrapartidas (peça 1, p. 27).

8.18. Nessas hipóteses tais bens imóveis da União podem ser oferecidos à entidade antes de qualquer procedimento licitatório e, caso haja interesse da FHE, podem ser adquiridos ou permutados por dispensa de licitação.

8.19. Sobre as operações de permuta realizadas pela entidade com o Comando do Exército, a SecexDefesa relatou que, no Relatório de Gestão da FHE relativo ao exercício de 2020, constam informações a respeito de operações em 2019, 2004 e 2006, nos valores de R\$ 10.450.000,00, R\$ 12.400.000,00 e R\$ 14.300.000,00 (peça 291, p. 60).

8.20. As prerrogativas e sujeições decorrem dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

8.21. A supremacia do interesse do interesse público fundamenta a existência das prerrogativas ou poderes especiais da Administração Pública, caracterizando-se pela chamada verticalidade nas relações entre a Administração e o particular. Baseia-se na ideia de que o Estado possui a obrigação de atingir determinadas finalidades, que a Constituição e as leis exigem. Assim, esses poderes especiais representam os meios ou instrumentos utilizados para atingir o fim: o interesse público.

8.22. Observa-se que o próprio relatório de gestão da entidade afirma que a manutenção da política de remanejamentos patrimoniais do Exército com a FHE, por meio de permutas por edificações a construir, tem permitido a consecução de sua finalidade social (peça 1, p. 30), o que conforma com o expresso no seu estatuto (peça 237, p. 1-2 e p. 17-18):

“Art. 3º Compete à FHE, para consecução de seus objetivos:

I – facilitar o acesso à casa própria aos seus beneficiários, prioritariamente aos militares do Exército;

II – realizar empreendimentos habitacionais cujo interesse venha a ser manifestado pelo Comandante do Exército ou onde a demanda dos beneficiários indicar;

III – contribuir para a melhoria da qualidade de vida da família militar, atuando prioritariamente na área habitacional e prestando apoio social aos beneficiários (...).”

8.23. Desse modo, em consonância com o defendido pelo Ministro Relator em seu Voto, a FHE beneficia-se do ativo imobilizado da União (peça 297, p. 15).

8.24. Entretanto, o que se deve ter em mente é que a utilização de prerrogativas para a realização dos objetivos da FHE não deve resultar em afronta aos princípios constitucionais.

8.25. Deve-se destacar que as informações relativamente às permutas foram consideradas adequadas e suficientes, e não houve impacto nas presentes contas, consoante destacado pela unidade instrutiva (peça 180, p. 30).

8.26. Por outro lado, considerando-se as situações verificadas em processos conexos que indicaram a existência de risco elevado nas atividades referentes aos empreendimentos habitacionais, operações imobiliárias realizadas pela FHE, que foram objeto inclusive de ações judiciais, bem como determinações anteriormente expedidas, foi exarada determinação no subitem 9.2.2.3 para que a FHE normatize os critérios a serem observados na participação e na seleção dos interessados em adquirir os imóveis comercializados, em atendimento aos objetivos institucionais da FHE, aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e da impessoalidade, e aos princípios administrativos da publicidade, razoabilidade, isonomia, igualdade e motivação dos atos administrativos.

8.27. Dentre as situações observadas em processos conexos, pode-se trazer em suma (peça 180, p. 13-17):

a) TC 032.763/2010-7 (sigiloso) tratou de denúncia acerca de possível irregularidade em empreendimento da FHE localizado na Projecção D da SQNW 111 do Setor Noroeste, em Brasília (DF). A

irregularidade consistiria no direcionamento das unidades a grupo de oficiais de alta patente com participação na gestão da entidade. Foi prolatado o Acórdão 1.797/2013-TCU-Plenário; rel. Marcos Bemquerer, que conheceu da denúncia, a considerou procedente e fez determinações à entidade. Houve a interposição de recurso que não foi conhecido, bem como a notícia de cumprimento de duas determinações;

b) TC 010.037/2000-4 tratou de representação da Secretaria de Controle Externo no Estado do Ceará (Secex-CE) acerca da negociação de terreno do Exército, com intermediação da FHE, junto ao grupo supermercadista Bompreço. Apurou-se que a União se desfez de um bem público por intermédio da FHE, em condições tais que, ao controle externo não foi permitido avaliar a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade dos atos praticados. Foi então prolatado o Acórdão 1.149/2003 – TCU – Plenário, Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha, que conheceu da representação e determinou à Fundação Habitacional do Exército, aos Comandos da Marinha, do Exército, da Aeronáutica e ao Ministério da Defesa, com fundamento no art. 43, inc. I da Lei nº 8.443/92 c/c art. 250, inc. II do Regimento Interno do TCU, que as alienações de imóveis fossem precedidas de processo licitatório, ante o disposto nos arts. 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, ambos da CF/88, bem assim do art. 1º, parágrafo único, e arts. 3º, 17, 18 e 19 da Lei nº 8.666/93, c/c art. 24 Lei nº 9.636/98. Houve a interposição de recurso que não foi provido;

c) TC 006.059/1999-6 tratou de representação formulada pela Secex-CE acerca de fatos denunciados pela imprensa cearense. As matérias noticiaram planos do Exército para construção de complexo de quartéis e residências, o que ocorreria por meio da alienação de terreno onde se situavam o Décimo Grupamento de Artilharia de Campanha e o Parque Regional de Manutenção da Décima Região Militar. Por meio da Decisão 278/2002-TCU-Plenário (rel. Lincoln Magalhães da Rocha), a representação foi conhecida e considerada prejudicada. A alienação foi suspensa por decisão judicial, e não por iniciativa própria do Exército.

8.27. No que toca ao argumento de que ao invés de vantagem, a operação de remanejamento patrimonial coloca a FHE, mais das vezes, em posição de desvantagem, não são colacionadas provas a fim de comprovar o alegado. Além disso, a existência dos processos conexos mencionados indica risco elevado nas atividades referentes aos empreendimentos habitacionais e as operações imobiliárias realizadas pela FHE, que foram objeto inclusive de ações judiciais.

8.28. Ante o exposto, a determinação constante do subitem 9.2.2.3 está consentânea com os princípios constitucionais e as razões apresentados pela recorrente não tem o condão de afastar a determinação

9. Revogação do art. 20 da Lei 6.855/1980: inaplicabilidade de concurso público

9.1. A FHE aduz que a disposição original da Lei 6.855/1980, que impunha à entidade a necessidade da realização de concurso público, cedeu espaço à determinação legal, constante da Lei 7.750/1989, no sentido de que não se aplicam, à FHE, as “disposições legais” incidentes para os demais entes e órgãos da Administração Indireta. Entende que o art. 20 da Lei 6.855/1980 é incompatível com o art. 4º da Lei 7.750/1989 e, por isso, foi integralmente revogado (peça 340, p. 17).

9.2. Relata que a Lei de 1989 quis manter a aplicação das normas relacionadas à prestação de contas e ao controle finalístico da entidade e o fez de forma explícita (peça 340, p. 17).

9.3. Registra que a revogação foi expressa: de “*outras disposições legais e regulamentares*”, ou seja, de Leis e Decretos, incidentes “*às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração Indireta*”.

9.4. Conclui que todos os dispositivos da Lei 6.855/1980, que se ocupam de matérias distintas daquelas previstas nos seus arts. 16 e 17, não mais subsistem em relação à FHE, a partir do que adotado na fórmula do art. 6º, da Lei 7.750/1989 (peça 340, p. 18). Defende que quando o legislador quis manter as obrigações legais dirigidas à FHE o fez de forma intencional, expressa (peça 340, p. 18).

9.5. Diz que há, assim, equívoco na interpretação do tema pelo acórdão recorrido, pois não é viável conferir interpretação extensiva à Lei 7.750/1989, incluindo, em seu art. 4º, o art. 20 da Lei 6.855/1980 (peça 340, p. 18).

9.6. Aduz que a permissão legal se deu para que admissões e demissões fossem realizadas com fundamento no simples poder diretivo do empregador, o que não se coaduna com os princípios que regem as contratações por intermédio de concursos públicos, submetidas a regras próprias e que, como cediço, dificultam o desempenho das atividades finalísticas, embargando o processo de admissão e demissão (peça 340, p. 18-19).

9.7. Ademais, afirma que a determinação desconsidera relevantes elementos temporais de estabilização e segurança jurídica (peça 340, p. 19).

9.8. Requer (peça 340, p. 20-25):

a) seja revista a decisão recorrida afastando-se a realização de concurso público para a FHE, reconhecendo-se como válida a organização funcional existente há 42 anos entre FHE Poupeix, bem como seja

declarada a legalidade da sua estrutura única e dos repasses, em razão da inexistência de recursos públicos no âmbito das entidades;

b) o afastamento da determinação de adequação do Estatuto da FHE ao art. 20 da Lei 6.855/1980, eis que o dispositivo foi derogado expressamente pelo art. 4º da Lei 7.750/1989 (peça 340, p. 25).

9.9. Alternativamente, seja permitida a elaboração de plano de ação, em prazo não inferior a 180 dias, que disciplinará regras próprias relacionadas ao processo seletivo de pessoal do sistema FHE Pouplex, que contemple os princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (peça 340, p. 20 e 24-25).

Análise

9.10. Com relação à gestão da FHE, foi verificada a não realização de concurso público para seleção dos empregados da FHE, em contrariedade ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal e ao art. 20 da Lei 6.855/1980.

9.11. A recorrente alega que o art. 20 da Lei 6.855/1980 é incompatível com o art. 4º da Lei 7.750/1989 e, por isso, foi integralmente revogado.

9.12. A argumentação não deve ser acatada.

9.13. Primeiramente, anui-se ao entendimento destacado pelo Ministro Relator em seu Voto, de que a Lei 6.855/1980 não foi ab-rogada (peça 297, p. 11)

9.14. Prova disso é que dispositivos da Lei 6.855/1980, permanecem no mundo jurídico.

9.15. Veja-se que o STJ em 2019, ou seja, bem posteriormente à edição da Lei 7.750/1989, utilizou o art. 31 da Lei 6.855/1980 para fundamentar o seu juízo de que os bens da entidade são impenhoráveis (REsp 1802320 / SP, 1ª Turma, Ministro Relator Benedito Gonçalves, DJe 16/12/2019, RIP vol. 119 p. 265):

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO DE BENS. FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO - FHE. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS. EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE AUTÁRQUICA FEDERAL. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO ÂMBITO DA PRIMEIRA TURMA. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O litígio em questão ostenta características de direito público, nos termos do art. 9º, § 1º, XI, do RISTJ, porquanto a FHE é instituição equiparada à autarquia federal, sendo a ela aplicados os artigos 4º da Lei n. 7.750/1989 e 70, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal. Logo, a competência deve ser fixada na Primeira Turma.

2. O art. 31 da Lei n. 6.855/1980 dispõe que "o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às finalidades essenciais da Fundação Habitacional do Exército - FHE, ou delas decorrentes, pela sua origem e natureza, gozam dos privilégios próprios da Fazenda Pública, quanto à imunidade tributária, prazos prescricionais, impenhorabilidade, foro, prazos e custas processuais". Diante disso, a impenhorabilidade analisada nos presentes autos, decorrente da própria lei, não pode ser afastada por decisão judicial.

3. A exclusão da FHE do polo passivo da ação cautelar de arresto enseja, conseqüentemente, a remessa dos autos ao juízo de direito.

4. Recurso especial conhecido e provido. (grifos acrescidos)

9.16. A lei que cria a FHE (Lei 6.855/1980) previu expressamente no seu art. 20 que a contratação de empregados pela fundação será feita por concurso público, exceto para as funções de confiança.

9.17. A Portaria 300/2016 do Comandante do Exército, que aprovou o estatuto da FHE, e estava vigente no ano a que se refere esta prestação de contas, previu também a realização de concurso público para a FHE (art. 20, peça 237, p. 13).

9.18. O atual Estatuto da FHE, aprovado pela Portaria do Comandante do Exército 986/2020, que trata do pessoal e da remuneração dispôs: "Art. 25. *Os empregados da FHE serão admitidos mediante concurso público, exceto os destinados às funções de confiança.*" (peça 237, p. 26).

9.19. Desse modo, se observa que os próprios estatutos da entidade replicaram a exigência que, além de legal, é constitucional, respaldada no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, o qual determina a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos. Além disso, tal exigência garante o respeito a vários princípios constitucionais de Direito Administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia, aos quais, inquestionavelmente está submetida a entidade.

9.20. Repisa-se que a incidência do direito público consta inclusive de dispositivos da Lei 7.750/1989, quando faz menção à supervisão ministerial e às determinações do art. 70 e seu parágrafo único da CF, bem como quando mantém a obrigação instituída no art. 16 da Lei 8.555/1980.

9.21. Dessa forma, não se trata de interpretação extensiva da Lei 7.750/1989, incluindo, em seu art. 4º, o art. 20 da Lei 6.855/1980, mas sim, uma interpretação sistemática, considerando-se o conjunto de normativos que a regem.

9.22. Ainda sobre o assunto, deve-se ressaltar que o TCU avaliou a questão relacionada à exigência da realização de concurso público pela FHE, com repercussão inclusive na Poupex, no TC 023.292/2010-5 (contas anuais de 2009 da FHE), do qual se extrai, por pertinente, os seguintes considerandos (instrução da Secex de 2014 - peça 34, p. 35 do TC 023.292/2010-5):

213. A obrigação de realizar concurso público decorre do Princípio da Impessoalidade, e os empregos criados em razão da demanda da FHE deveriam ser igualmente acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (CF, art. 37, inciso I).

214. Diante da impossibilidade fática de distinguir o pessoal que trabalha para a Poupex do pessoal que trabalha para a Fundação, em vez de se escudar na inexistência de obrigação da Poupex, a FHE deveria, ao contrário, estender para a Associação sua obrigação de realizar concurso.

215. Quanto ao fato de não receber recursos públicos, isso não afasta a obrigação constitucional, legal e estatutária que a FHE tem de realizar concurso público. Lembre-se que o Banco do Brasil, parceiro da FHE, não recebe recursos orçamentários e realiza concurso público para admitir seu pessoal.

216. Pode-se concluir que a Fundação empregou, indiretamente, pessoal admitido sem concurso público. Mas, o processo (TC 016.824/2012-1) em que o MPTCU suscitou essa discussão foi apensado às contas de 2010. Com isso, a questão da utilização de pessoal admitido sem concurso público fica excluída do escopo deste processo. **(grifos acrescidos).**

9.23. O TC 023.292/2010-5 foi sobrestado em 2015 até o julgamento, em definitivo, do mérito do TC 032.763/2010-7 (Denúncia), do TC-024.637/2013-0 (Representação), bem assim da Tomada de Contas Especial autuada por força do Acórdão 3.145/2013 – Plenário.

9.24. No exame das contas de 2010 (TC 029.396/2011-5), a unidade instrutiva destacou que a situação relativa a não realização de concurso público está sendo tratada com maior profundidade nas contas da FHE de 2017, justamente o presente processo. Houve a prolação do Acórdão 691/2021 - TCU – Plenário, Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa, que julgou as contas dos responsáveis regulares com ressalva, dando-lhes quitação, promovendo-se, em seguida, o arquivamento do processo, sem prejuízo de dar ciência à FHE da existência de impropriedades, dentre elas “1.8.1.1. *ausência de concurso público para contratação de pessoal, em afronta ao art. 20 da Lei 6.855/1980 e ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal*”.

9.25. Diante da medida pretérita adotada por esta Corte de Contas em outros autos, bem como da situação observada nas presentes contas, que, como afirma a recorrente, trata-se de “*organização funcional existente há 42 anos entre FHE Poupex*” considera-se acertada a determinação no sentido de que a FHE realize concurso público, ainda que de forma gradual, para provimento da estrutura de pessoal, exceto para as funções de confiança (subitem 9.2.2.5.2). Ademais, também se justifica a determinação de adequação do Estatuto da FHE ao art. 20 da Lei 6.855/1980.

9.26. Quanto ao pleito alternativo de que seja permitida a elaboração de plano de ação, em prazo não inferior a 180 dias, que disciplinará regras próprias relacionadas ao processo seletivo de pessoal do sistema FHE Poupex, o Ministro Relator, decidiu pelo intervalo de 180 dias como prazo para a realização do primeiro concurso público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 do acórdão combatido, levando-se em consideração a complexidade do tema (peça 297, p. 23). Ademais, deve-se ter em mente que a situação irregular já era de conhecimento da FHE, consoante deliberações pretéritas desta Corte de Contas, razão pela qual não há razões para modificação da determinação.

9.27. Por fim, deve-se anotar que foi também determinado (subitem 9.2.2.5.3), enquanto perdurar a sistemática de repasses regulares de recursos da FHE a título de reembolso de despesas de pessoal da Poupex, assegurar que os colaboradores da Associação sejam recrutados mediante processo seletivo, de modo a garantir a observância do princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. O argumento de que a utilização compartilhada de empregados da Poupex pela FHE é mais eficiente, econômica e vantajosa em comparação com a existência de quadros distintos para ambas entidades não deve

representar afronta aos princípios constitucionais. Desse modo, também não há razões para o afastamento da determinação.

10. Legalidade do exercício simultâneo de funções diretivas na FHE e na Pouplex e ilegalidade da separação total da governança do sistema.

10.1. A FHE diz que a decisão de segregar as entidades é deveras gravosa com inúmeras e deletérias repercussões para o sistema (peça 340, p. 12).

10.2. Ponto fundamental a ser considerado pelo TCU que não foi enfrentado na decisão recorrida: as entidades possuem Conselhos de Administração e Auditorias com estruturas completamente segregadas, o que permite o amplo e irrestrito exercício da supervisão das atividades e da gestão da FHE à Pouplex (peça 340, p. 12).

10.3. Aduz que o legislador nunca expressou a necessidade de separação das entidades, mas do exercício integrado e sistemático das atribuições por meio da mesma Diretoria, o que sempre se deu com o conhecimento e anuência da Corte de Contas ao longo dos anos (peça 340, p. 12).

10.4. Alega que a decisão recorrida ignora a segurança jurídica e a estabilidade de todas as relações institucionais, sem que haja fundamento jurídico ou fático para sustentar um suposto obstáculo à gestão da FHE pela Pouplex ou, ainda, uma necessidade de segregar aquilo que, ontologicamente, nasceu para viver de forma inseparável. Também contraria o que preconiza o art. 3º da Lei 6.855/1980, o art. 21 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e, notadamente, o art. 5º do Decreto 9.830/2019 (peça 340, p. 12-13).

10.5. Diz que o art. 3º da Lei 6.855/1980 veicula duas expressões: “cessão” e “designação” e tece considerações sobre a diferença dessas (peça 340, p. 13).

10.6. Defende que se fizesse um esforço de análise da linguagem do legislador, no contexto normativo, buscando o real significado do vocábulo, ver-se-ia que a expressão “designar” sempre possibilitou a simultânea atuação dos dirigentes da FHE e da Pouplex. Não é crível que o legislador de 1980 tenha proibido a atuação simultânea de dirigentes e gestores nas duas entidades que, como cediço, têm finalidades interconectadas e indissociáveis. Se houvesse essa vedação, a norma assim preveria de modo expresso (peça 340, p. 14).

10.7. Destaca que o princípio da segregação visa a afastar o conflito de interesses e lembra da origem do sistema FHE/Pouplex. Afirma que a Lei 6.855/1980 teve como escopo principal superar a impropriedade das soluções anteriores, criando uma solução que veio a substituir a Caixa de Financiamento Imobiliário do Exército – CFIEEx. Esclarece que não foi a FHE que sucedeu a CFIEEx. O legislador não optou que uma fundação substituísse uma autarquia. Sem que houvesse a criação da Pouplex, não havia autorização legal para a extinção da CFIEEx, consoante art. 2º, da Lei 6.855/1980, (peça 340, p. 14).

10.8. Aduz que a escolha legislativa foi para que as duas entidades (FHE e Pouplex) substituíssem uma (CFIEEx), sendo que FHE nada faria sozinha, porque dependeria, como depende, da Pouplex. A regra de existência e subsistência levada a efeito pela ordem jurídica foi singela: sem a FHE, a Pouplex não tem vida, nem alcança seus desideratos; e sem a Pouplex, a FHE não tem vida, nem atinge seus objetivos. O impacto da escolha legislativa é manifesto e, de acordo com a recorrente, está espraiado por toda a Lei 6.855/1980 e pelos estatutos das entidades (peça 340, p. 14).

10.9. Sobre a alegada possibilidade de existir conflito de interesses em razão da Diretoria da FHE e da Pouplex serem as mesmas, salienta que conflito pressupõe interesses antagônicos. A atuação conjunta das entidades em todas as frentes, clara opção do legislador de 1980, é a antítese dos alegados conflitos, valendo registrar que o alinhamento das ações institucionais, que sempre partiram do mesmo centro decisório, decorre exclusivamente da Lei 6.855/1980. Daí a relevância de se manter a atual estrutura de Diretoria unificada (peça 340, p. 14).

10.10. Defende que só existe conflito quando há prejuízo para uma das partes e tal não foi comprovado pelo TCU ou Bacen (peça 340, p. 15).

10.11. Esclarece que a Diretoria da FHE gere a Pouplex e o órgão responsável pela supervisão é o Conselho de Administração (CA), sendo evidente a distinção de funções relacionadas à supervisão, fiscalização e controle de contas, tomadas por órgão estatutário autônomo, de composição majoritariamente externa (peça 340, p. 15).

10.12. Destaca que os Conselhos de Administração têm formação com ênfase para agentes externos, que não compõem a Diretoria da FHE e da Pouplex, e são distintos entre si (um para a FHE e outro para a Pouplex) (peça 340, p. 15).

10.13. Afirma que ainda há de se considerar que a decisão acarreta a profunda separação e a consequente duplicação de todas as estruturas relacionadas à Presidência, Vice Presidências, Diretorias e Gerências da

FHE/Poupex, onerando sobremaneira as duas entidades, o que viola o art. 21 da LICCB e o art. 5º do Decreto 9.830/2019 (peça 340, p. 15- 16).

10.14. Entende a FHE que não há meio ou caminho alternativo para garantir a sustentabilidade do sistema, sendo, atuação conjunta da mesma diretoria, condição *sine qua non* à subsistência das entidades (peça 340, p. 16).

10.15. Alega que a determinação para modificar completamente a compleição de sua força de trabalho compromete a segurança jurídica e a estabilidade de todas as relações institucionais (peça 340, p. 16-17).

10.16. Diz que o compartilhamento da mão de obra em razão da identidade de atribuições e processos em todas as esferas e graus de complexidade é uma das razões de sucesso das duas entidades. Trata-se de fórmula eficiente e econômica que, se alterada, comprometerá a própria existência das instituições (peça 340, p. 19). Por isso, o formato utilizado pela FHE Poupex – contratação pela Poupex com reembolso parcial de despesas pela FHE sem a utilização de dinheiro público tem amplo respaldo legal (peça 340, p. 19).

10.17. Menciona que as atividades e os processos das duas são idênticos, por natureza. O exercício, pelas mesmas pessoas, aumenta a eficácia da aplicação de recursos, sem mencionar que eventuais demandas trabalhistas cobrando verbas em duplicidade seriam – e são até os dias atuais – resolvidas com o certo argumento de que as entidades integram um grupo econômico (peça 340, p. 19).

10.18. Requer a reforma da decisão recorrida para que se reconheça a legalidade do exercício simultâneo, pelos mesmos agentes, de encargos de funções diretivas e gerenciais na FHE e na Poupex, permitindo a manutenção do formato atualmente estruturado (peça 340, p. 16 e 25).

10.19. Pleiteia também (peça 340, p. 24):

a) a dispensa da apresentação do plano de ação relacionado à força de trabalho necessária e suficiente para que a FHE exerça suas competências legais, de supervisão da Poupex, de apoio social aos militares do Exército, bem como as atribuições estatuídas no art. 6º, da Lei 6.855/1980,

b) o afastamento da determinação para que a entidade estabeleça a forma de cálculo dos valores devidos à Poupex, em razão da utilização dos recursos humanos na execução das atividades da FHE.

Análise

10.20. O exercício simultâneo de funções diretivas na FHE e na Poupex tem correlação direta com os princípios da impessoalidade e da segregação das funções. Foi apurada a ofensa ao mencionado princípio em razão do seguinte (peça 297, p. 14):

a) previsão de indicação dos membros do Conselho de Administração da FHE por parte da sua Diretoria Colegiada, o que representaria risco de conflito de interesses, pois uma das competências do Conselho de Administração é justamente avaliar o desempenho estratégico da Fundação, implementado pela Diretoria Colegiada que o nomeou (peça 297, p. 14).

b) a acumulação de funções de direção colegiada (Presidência, Vice-Presidência e Diretoria) da FHE e da Poupex prevista no Estatuto da Associação.

10.21. Desse modo, foi determinado à FHE que:

9.2.2.7. adote medidas para promover as seguintes adequações no seu Estatuto:

9.2.2.7.1. ao art. 3º da Lei 6.855/1980, que não permite a designação das mesmas pessoas para o exercício de função gerencial na Fundação Habitacional do Exército e na Associação de Poupança e Empréstimo - Poupex e prevê a remuneração dos gestores cedidos para a gestão da Associação com base na tabela da Fundação;

(...)

9.2.2.7.3. excluir a previsão de indicação, por parte da Diretoria Colegiada, de membros para o Conselho de Administração da entidade, visando a eliminar o risco potencial de conflito de interesse e de violação ao princípio da segregação de funções;

(...)

9.2.2.8. adote medidas para promover as seguintes adequações no Estatuto da Poupex:

9.2.2.8.1. torná-lo compatível com o art. 3º da Lei 6.855/1980, que não permite a designação das mesmas pessoas para o exercício de função gerencial nas duas entidades e prevê que os dirigentes cedidos para a Poupex sejam remunerados com base na tabela da FHE;

9.2.2.8.2. excluir a previsão de indicação, por parte da Diretoria Colegiada, de membros para o Conselho de Administração da entidade, visando a eliminar o risco potencial de conflito de interesse e por violar os princípios da impessoalidade e da segregação de funções;

10.22. Primeiramente se observa que a argumentação da recorrente é contraditória, pois ora diz que as entidades possuem Conselhos de Administração e Auditorias com estruturas completamente segregadas (peça

340, p. 12) e ora diz que a decisão do TCU padece de fundamentos jurídicos para sustentar um suposto obstáculo à gestão da FHE pela Pouplex, tendo-se em vista que não haveria como segregar aquilo que, ontologicamente, nasceu para viver de forma inseparável (peça 340, p. 12).

10.23. Consoante a Lei 6.855/80, a FHE e a Pouplex são pessoas jurídicas distintas. A primeira é uma fundação pública de direito privado e adquiriu personalidade jurídica no dia da publicação do decreto de aprovação do seu estatuto, enquanto a segunda é uma associação civil de âmbito nacional, que adquiriu personalidade jurídica com o registro dos atos constitutivos e estatuto no registro civil das pessoas jurídicas.

10.24. No que toca à contratação de empregados, uma outra diferença é que, no âmbito da FHE, deve-se dar por meio de concurso público, exceto para funções de confiança (art. 20, da Lei 6.855/1980 e art. 20, da Portaria 1.300/2016 do Comandante do Exército). Já em relação à Pouplex cabe a observância do princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, na contratação de seus colaboradores em razão da sistemática de repasses regulares de recursos da FHE a título de reembolso de despesas de pessoal.

10.25. Outros dispositivos que ganham relevo e denotam a diferenciação entre as entidades são os arts. 22 e 24 do estatuto, abaixo transcritos:

Art. 22. Os empregados da FHE, inclusive os servidores colocados à disposição ao amparo dos arts. 23 e 24 da Lei nº 6.855/1980, serão remunerados apenas por esta, mesmo que no desempenho de suas funções exerçam atividades na APE/POUPLEX.

Art. 24. Os dirigentes da FHE que acumularem funções na APE/POUPLEX serão remunerados pelo exercício de cada uma das atividades, percebendo remuneração independente de cada pessoa jurídica.

10.26. Compulsando a deliberação combatida se observa que o exercício simultâneo de funções diretivas na FHE e na Pouplex não foi considerado irregular em razão do “sistema FHE/Pouplex”. A acumulação de funções de direção colegiada (Presidência, Vice-Presidência e Diretoria) da FHE e da Pouplex prevista no estatuto da associação foi considerada irregular pois seria incompatível com o art. 3º da Lei 6.855/1980 e inviabiliza a supervisão que a primeira deve exercer sobre a segunda, nos termos do art. 2º da Lei 7.750/1990 (peça 297, p. 14).

10.27. O art. 3º da Lei 6.855/1980:

Art 3º Os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPLEX **serão cedidos e designados** pela Fundação Habitacional do Exército - FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração. (grifos acrescidos)

10.28. Da leitura de tal dispositivo se denota a ingerência da FHE sobre a Pouplex até porque a FHE foi criada para gerir a Pouplex.

10.29. Entende-se que a determinação desta Corte de Contas não tem o objetivo de segregar as entidades, mas sim de dar efetividade à lei, bem como garantir a observância dos princípios da impessoalidade e da segregação das funções. Não há que se falar em ofensa à segurança jurídica e à estabilidade de todas as relações institucionais diante do cenário que atualmente se observa na FHE e Pouplex, tendo-se em vista que este não se coaduna com os normativos mencionados.

10.30. A recorrente alega que o art. 3º veicula duas expressões, cessão e designação, e defende haver a proibição à simultânea atuação dos dirigentes da FHE e da Pouplex.

10.31. Convém destacar o conceito de cessão de servidores públicos perfilhado por José dos Santos Carvalho Filho:

Cessão de servidores é o fato funcional por meio do qual determinada pessoa administrativa ou órgão público **cede, sempre em caráter temporário, servidor integrante de seu quadro para atuar em outra pessoa ou órgão, com o objetivo de cooperação entre as administrações e de exercício funcional integrado das atividades administrativas**. Trata-se, na verdade, de empréstimo temporário de servidor, numa forma de parceria entre as esferas governamentais. Avulta notar, porém, que tal ajuste decorre do poder discricionário de ambos os órgãos e do interesse que tenham na cessão; sendo assim, não há falar em direito subjetivo do servidor à cessão (Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 571-572 - grifos acrescidos).

10.32. Desse modo, a atuação ou exercício simultâneo das funções de direção colegiada descaracteriza o instituto da cessão. Conforme bem destacado no Voto do acórdão combatido ocorre para “o órgão cedente, a perda da disponibilidade do colaborador cedido, o qual passa a ter exercício no órgão cessionário, como denota o art. 93 da Lei 8.112/1990” (peça 297, p. 14).

10.33. A recorrente defende que o verbo “designar” sempre possibilitou a simultânea atuação dos dirigentes da FHE e da Pouplex porque possuem finalidades interconectadas e indissociáveis. Entretanto, se observa que antes do verbo “designar” há o verbo “ceder”, que, conforme visto, não pressupõe atuação simultânea na entidade cedente e cessionária em razão da perda da disponibilidade do colaborador cedido.

10.34. Assim, a proibição do exercício simultâneo é extraída das próprias palavras contidas em seu estatuto e da natureza do instituto (no caso a cessão), sendo que a adequação prevista na determinação do TCU visa justamente dar efetividade às normas.

10.35. Ademais a despeito de a FHE ter sido criada para gerir a Pouplex (art. 1º, § 2º), compete à FHE, supervisionar a aplicação de recursos da associação concedidos a agentes promotores de programas habitacionais (art. 6º, I, da Lei 6.855/1980).

10.36. A segregação de funções deve prever a separação entre funções de autorização/aprovação, de operações, execução, controle e contabilização, de tal forma que nenhuma pessoa detenha competências e atribuições em desacordo com este princípio (Acórdão 5.615/2008 – TCU – 2ª Câmara, Ministro Relator Raimundo Carreiro).

10.37. Trata-se de um dos princípios basilares de controle interno. Assim, consoante destacado por Marcelo Chaves de Aragão:

(...) os princípios de controle interno que devem ser observados pelas unidades e entidades públicas e monitorados pela auditoria interna governamental [são:] a relação custo versus benefício, a qualificação adequada e o rodízio de funcionários, a delegação de poderes e a definição de responsabilidades, a existência de manuais de rotinas e procedimentos, a segregação de funções e a aderência a diretrizes e normas legais (ARAGÃO. Marcelo Chaves A avaliação de controles internos pelas auditorias do TCU. In: OLIVEIRA, Adelino Fernandes de *et al.* Auditoria interna e controle governamental. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010, p. 224)

10.38. A recorrente alega que há um exercício integrado e sistemático das atribuições por meio da mesma Diretoria, não havendo conflito de interesses, pois esses não são antagônicos e não foi comprovado pelo TCU ou Bacen prejuízo para uma das partes.

10.39. Os argumentos não devem ser acatados.

10.40. Novamente o princípio da segregação das funções ganha relevo.

10.41. O Conselho Federal de Contabilidade, em norma técnica, conceitua a expressão “segregação de funções”:

“Segregação de funções: Atribuir a pessoas diferentes as responsabilidades de autorizar e registrar transações, bem como manter a custódia dos ativos. A segregação de funções destina-se a reduzir as oportunidades que permitam a qualquer pessoa estar em posição de perpetrar e de ocultar erros ou fraudes no curso normal das suas funções” CFC. Conselho Federal de Contabilidade. NBC TA 315 (R1), de 5/9/2016. Disponível em: [http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/NBCTA315\(R1\).pdf](http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/NBCTA315(R1).pdf).

10.42. Na definição do Glossário de Controle Externo do TCU, trata-se de um princípio básico do controle interno, essencial para a sua efetividade: “*Consiste na separação de atribuições ou responsabilidades entre diferentes pessoas, especialmente as funções ou atividades-chave de autorização, execução, atesto/aprovação, registro e revisão ou auditoria*” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Vocabulário de controle externo do Tribunal de Contas da União / Tribunal de Contas da União. — 3ª edição revista e ampliada — Brasília: TCU, 2019

10.43. A segregação de funções destina-se a reduzir as oportunidades que permitam a qualquer pessoa estar em posição de perpetrar e de ocultar erros ou fraudes no curso normal das suas funções. Ou seja, a observância do princípio da segregação das funções é ferramenta para a prevenção de irregularidades e visa justamente restringir ou amenizar a possibilidade de ocorrência de conflito de interesses, erros, omissões, fraudes ou corrupção.

10.44. De acordo com referido princípio da segregação das funções, quem controla não executa e quem executa não controla, pois quando o controle passa a desenvolver tarefas executivas, essas tarefas deixam de ser controladas. Nessa linha, o magistério de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“A atividade de controle deve ser exercida em separado, de forma segregada das demais funções”. O princípio (da segregação das funções) atua de dois modos distintos: primeiro, no que tange ao aspecto estrutural; segundo, funcional”. “Significa isso que, na estruturação dos órgãos, deve a função de controle separar-se das demais, como contabilidade, licitação, jurídica,

pagamentos, recebimentos, assessoria. O controle deve estar definido na estrutura orgânica com identidade própria. Sob o aspecto funcional, significa que o órgão que exerce o controle não poderia ser encarregado de outras funções, limitando-se a atuar como controlador. **Não devem, pois, as autoridades superiores encarregar os servidores do controle de outras atividades, sendo-lhes especialmente vedadas as tarefas executivas. De longe vem o brocardo: quem controla não executa, quem executa não controla.** Quando um órgão de controle passa a desenvolver tarefas executivas, essas deixam de ser controladas. Importante lição legou o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, em homenagem a esse princípio: nenhum servidor ou seção administrativa deve controlar todos os passos-chave de uma mesma transação ou fato. Tendo presente que determinados órgãos possuem uma estrutura com reduzido número de servidores, insuficientes para se distribuir, individualmente, todas as responsabilidades-chave, poderá ser utilizada a sistemática de rodízio de tarefas, incentivo ou determinação de férias anuais. Desse modo, é sempre possível aperfeiçoar o controle com o acatamento desse princípio, além de oportunizar o aprimoramento funcional da equipe pela especialização e generalização” (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 4. Ed. Rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 58/59).

10.45. Assim, o princípio da segregação das funções é uma das expressões do princípio da legalidade e possui reflexo no princípio da moralidade, pois determina, fundamentalmente, a separação de funções incompatíveis entre si e certamente não é compatível conciliar em uma mesma pessoa a função de executar e supervisionar.

10.46. Tal raciocínio vale para a previsão de indicação, por parte da Diretoria Colegiada da FHE e da Poupex, dos membros para o seu Conselho de Administração. Isso porque o Conselho de Administração avalia o desempenho estratégico da Fundação, implementado pela Diretoria Colegiada que o nomeou, bem como os resultados das atividades de gerenciamento de riscos e controles internos (art. 15, II, “a” e “c”).

10.47. Além disso, potencial risco de conflito de interesses é gerado seja pela identidade entre Presidente, Vice-Presidente e Diretores da FHE e da Poupex ou a participação obrigatória dos membros do Conselho Administrativo da FHE no Conselho Administrativo da Poupex, previstos nos seus estatutos. Tal inviabiliza a segregação de funções entre as duas entidades, de modo que se entende escorregadas as determinações do acórdão combatido.

10.48. Portanto, não há como reconhecer a legalidade do exercício simultâneo, pelos mesmos agentes, de encargos de funções diretivas e gerenciais na FHE e na Poupex, permitindo-se a manutenção do formato atualmente estruturado.

10.49. Considerando-se que a situação apurada justifica a determinação proferida, bem como não há argumentos para infirmá-la, entende-se que a determinação deve ser mantida nos seus exatos termos.

10.50. Por fim, deve-se destacar que a determinação para que a entidade estabeleça a forma de cálculo dos valores devidos à Poupex, em razão da utilização dos recursos humanos na execução das atividades da FHE, resultou da ausência de medida objetiva, transparente e auditável de cálculo dos valores devidos à Poupex em razão da utilização dos recursos humanos da Associação de Poupança na execução das atividades da Fundação. Entende-se, com fundamento no dever de prestar contas, que recai sobre a entidade, do qual se extrai a necessidade da existência de dados auditáveis, que a determinação também não deve ser afastada.

11. Suposta prática de nepotismo no âmbito da FHE, por contratação de empregados na Poupex que tenham grau de parentesco com militares do exército

11.1 A FHE alega que o acórdão recorrido reconhece que à Poupex não se aplica o Decreto 7.203/2010, mas, contraditoriamente, indica a necessidade de sua incidência para avaliar se há nepotismo no âmbito da entidade de direito privado, vez que a FHE se vale da estrutura funcional da Poupex para exercer suas atribuições (peça 340, p. 20).

11.2. Defende que os empregados da Poupex, porque prestam serviços à FHE, que sequer recebe recursos públicos, não podem ser enquadrados, para efeito da prática do nepotismo de que trata o Decreto 7.203/2010, em seu art. 1º (peça 340, p. 21).

11.3. Afirma que a Poupex não é órgão ou entidade da administração pública federal direta ou indireta. Seus empregados são, todos, remunerados com recursos exclusivamente privados, não podendo ser conferida interpretação extensiva ao Decreto referido para fazer valer entendimento de que há violação da impessoalidade nas contratações da Poupex que é regida, exclusivamente, por normas de direito privado (peça 340, p. 21).

11.4. Diz que a decisão, ao determinar à FHE que empregados da associação sejam demitidos, acaso confirmada a incompatibilidade de uma norma de direito público, viola o princípio constitucional ao livre exercício de regular atividade econômica e contraria o próprio Decreto 7.203/2010 (peça 340, p. 21).

11.5. Questiona: *“Como explicar que um ente regido por normas de direito privado seja alcançado pelo Poder do Estado, que determina a demissão de empregados contratados e remunerados com recursos exclusivamente privados, por fazer incidir Decreto que regula a contratação pelo Poder Público, em associação privada que não recebe recursos públicos?”* (peça 340, p. 21).

11.6. Requer a reforma da decisão a fim de afastar a incidência do Decreto 7.203/2010 para a Pouplex, ante a ausência manifesta de nepotismo em contratações realizadas por entidade privada não submetida ao controle do TCU (peça 340, p. 21-24).

11.7. Alternativamente, caso essa E. Corte de Contas entenda por determinar a recomendação, a FHE: i) adotará as medidas para detectar a ocorrência de casos de nepotismo, apresentando-as em prazo não inferior a 180 dias; e ii) indicará que a norma que estabelecerá as diretrizes relacionadas à contratação de empregados para o sistema FHE Pouplex trará previsão que afaste a possibilidade de ocorrência do nepotismo (peça 340, p. 21 e 24).

Análise

11.8. Primeiramente, faz-se importante contextualizar o achado que resultou na determinação questionada e constou do relatório da deliberação combatida (peça 298, p. 35-39):

159. Análise contida na peça 205 deste processo concluiu pela necessidade de obter o nome completo bem como os respectivos números no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Economia (CPF) dos funcionários da Pouplex que prestam serviço para a FHE para que, por meio de análise de vínculos realizada com base nos dados a que o TCU tem acesso, fosse verificada a possibilidade de prática de nepotismo e de direcionamento a militares e seus familiares na seleção de funcionários da Pouplex.

160. Tal proposição teve como fundamento, conforme explanado na instrução à peça 205, em representação oferecida em 2012 pelo então Procurador-Geral do Ministério Público junto a este Tribunal (TC 016.824/2012-1), a partir de denúncia que lhe chegou a respeito de inobservância de dispositivos constitucionais e legais previstos na lei de criação da FHE, entre eles a não realização de concurso público, e o aparelhamento da FHE com oficiais e seus parentes.

161. A representação não foi apreciada em razão de seu apensamento às contas de 2010, no âmbito da qual se justificou (peça 23, p. 3 do TC 029.396/2011-5) que não seria realizado o exame da questão tendo em vista que ela estaria sendo examinada com maior profundidade no presente processo.

162. Acatada a proposta formulada pela SecexDefesa na mencionada peça 205 por esta Corte de Contas (Acórdão 192/2020 – TCU – Plenário) e negado provimento aos Embargos de Declaração apresentados pela FHE (Acórdão 571/2021 – TCU – Plenário, peça 216), **foi recebida a lista de nomes que consta à peça 228 deste processo, que registra os nomes, matrículas, CPF e datas de admissão dos 1306 funcionários da Pouplex.**

163. Inicialmente, a lista de números de CPF foi utilizada para a realização de análise de vínculos com os CNPJ do Ministério da Defesa, do Comando do Exército, do Comando da Aeronáutica e do Comando da Marinha (03.277.610/0001-25, 00.394.452/0001-03, 00.394.429/0001-00 e 00.394.502/0001-44). Como resultado, foram obtidos os dados sistematizados na tabela que segue:

Vide tabela peça 298, p. 35

164. Verifica-se, assim, que 158 dos 1306 empregados da Pouplex (12,1%), já tiveram alguma relação laboral direta com o Comando do Exército. Além disso, outros 114 (72+20+22), ou 8,7% dos empregados, possuem parentesco com pessoa que tem ou teve relação laboral com o mesmo Comando, de modo que 20,8% dos empregados da associação possuem algum vínculo direto ou intermediado por parentesco com o Comando do Exército.

165. Expandindo as pesquisas para o Ministério da Defesa e as demais Forças, verifica-se que 14% (183) dos funcionários da Pouplex já tiveram relação laboral com estes órgãos e que 12,3% (161) possuem relação de parentesco com pessoas ligadas a estes órgãos, totalizando 26,3% (344) dos 1.306 funcionários da Pouplex.

(...)

175. Ao sistematizar as relações de parentesco existentes entre os 221 mencionados funcionários da Poupex e 331 militares, obtém-se a tabela abaixo, referente a 354 relacionamentos (alguns funcionários possuem parentesco com mais de um militar), que permite constatar que ser filho, sobrinho, neto ou primo de militar é fator que aparentemente melhora as chances de obtenção de emprego na Poupex. (grifos acrescentados)

(...)

179. Entretanto, conforme já consignado na instrução à peça 205, tal constatação constitui apenas indício, e não evidência de nepotismo, haja vista que a existência de vínculo de parentesco, por si só, desprovida do conhecimento dos critérios de seleção e admissão, é insuficiente para caracterizar a suposta irregularidade. Em contraponto, vale registrar que, tendo a chance de se manifestar sobre o tema (comentário do gestor), a FHE não trouxe a este processo elementos que afastem a possibilidade de nepotismo, conforme analisado no Apêndice A desta instrução.

183. Os dados analisados permitem concluir que se encontram presentes fortes indícios de que a existência de relação laboral com o Exército, com o MD ou com as demais Forças ou de parentesco com membros do conselho de administração, da diretoria e com militares do Exército são fatores possivelmente relevantes para se determinar o êxito na tentativa de se conseguir emprego na Poupex. Neste contexto, aparentemente tem relevância o nível hierárquico ocupado pelo familiar nas Forças.

184. A situação retratada reforça a necessidade de que o recrutamento dos recursos humanos que prestam serviços à FHE seja realizado por meio de concurso público e que sejam feitas alterações normativas de forma a limitar a influência do Comando do Exército e de seu pessoal sobre o funcionamento da FHE e da Poupex.

11.9. Desse modo, foi determinado o seguinte no acórdão combatido:

9.2.2.5.3. enquanto perdurar a sistemática de repasses regulares de recursos da FHE a título de reembolso de despesas de pessoal da Poupex, assegurar que os colaboradores da Associação sejam recrutados mediante processo seletivo, de modo a garantir a observância do princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal;

9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possível nepotismo na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no disposto pelos arts. 3º, § 1º, 5º, parágrafo único, e 6º, inciso I, do Decreto 7.203/2010;

11.10. Foi também identificada a existência de perfil inadequado dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria Colegiada da FHE.

11.11. A recorrente não questiona a incidência do princípio da impessoalidade, entretanto, alega que os empregados da Poupex não podem ser enquadrados, na prática do nepotismo de que trata o Decreto 7.203/2010, em seu art. 1º.

11.12. A argumentação não deve ser acatada.

11.13. O Decreto 7.203/2010 dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal.

11.14. O art. 1º preceitua que “*A vedação do nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta observará o disposto neste Decreto.*”

11.15. Em seu art. 2º, II esclarece que se considera “*entidade: autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista.*”

11.16. A Súmula Vinculante 13 do STF, disciplina *in verbis*:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício em cargo em comissão ou de confiança, ou ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal. (grifo nosso)

11.17. Deve-se ressaltar que o embasamento da vedação reconhecida pela Corte Constitucional é a moralidade administrativa, acerca da qual Hely Lopes Meirelles ensina:

"2.3.2. Moralidade A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito da moral comum, mas sim de uma **moral jurídica, entendida como 'o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração'**. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. (...) **O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.**" grifos acrescidos (MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de direito administrativo. Malheiros. 1998, p. 73) (grifos acrescidos).

11.18. Além disso, o nepotismo é considerado por muitos especialistas como uma violação à princípios constitucionais, como moralidade, legalidade e impessoalidade da Administração Pública.

11.19. É elucidativa o ensinamento sobre a origem etimológica do termo nepotismo trazida pelo Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, em voto acolhido por unanimidade e proferido na qualidade de Relator em Recurso Extraordinário 579.951-4, Rio Grande do Norte, apreciado em Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal, entre partes o Ministério Público Estadual e Município de Água Nova e outro, e que precedeu a súmula vinculante acima indicada, com reconhecimento de repercussão geral:

"Como se sabe, do ponto de vista etimológico, a palavra 'nepotismo' tem origem no latim, derivando da conjugação do termo nepote, significando sobrinho ou protegido, com o sufixo 'ismo', que remete à idéia de ato, prática ou resultado. A utilização desse termo, historicamente, advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados dos Papas na administração eclesiástica, nos séculos XV e XVI de nossa era, ganhando, atualmente, o significado pejorativo do favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada."(grifamos).

11.20. Do voto deste julgado extrai-se que o embasamento para o posicionamento adotado foi o conteúdo principiológico do *caput*, do artigo 37, da [Constituição Federal](#).

11.21. Assim, a questão crucial que aqui se revela é a desobediência aos ditames constitucionais, a que, inquestionavelmente está submetida a FHE.

11.22. Antes mesmo da edição do Decreto 7.203/2010 o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, no RE 579.951-4, concluiu que a vedação ao nepotismo não exigia a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (Pj. 20-8-2008, DJE 202 de 24-10-2008, Tema 66).

11.23. Conforme consta na exposição de motivos, o propósito do Decreto 7.203/2010 adveio da necessidade de regras mais detalhadas que os princípios da Constituição, mais amplas que a regra da Lei 8.112, de 1990, e mais minuciosas que a da referida Súmula Vinculante.

11.24. Sobre a argumentação de que a FHE não recebe recursos públicos, rememora-se o fato de que ela recebeu o equivalente a R\$ 37 milhões em permutas com o Comando do Exército e desfrutou, no seu relacionamento com a União, de privilégios não disponíveis a entidades privadas que exercem atividades de mesma natureza.

11.25. Convém transcrever trecho de ementa de julgado do STF que concluiu pela ocorrência de nepotismo na designação de filho de falecido titular para atividade notarial e de registro, cujos recursos são privados, o que evidencia que não é a natureza apenas dos seus recursos que dita os normativos que lhe aplicam:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. **ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. REVOGAÇÃO DE ANTERIOR DESIGNAÇÃO DE FILHO DO FALECIDO DELEGATÁRIO PARA RESPONDER INTERINAMENTE PELA SERVENTIA. NEPOTISMO PÓSTUMO. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ATO DO CORREGEDOR-GERAL DO TJ/RJ QUE SE ACHA EM CONSONÂNCIA COM A META 15 E COM O PROVIMENTO 77 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA DO CNJ. RETROATIVIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE ABUSO DE PODER DO**

CORREGEDOR ESTADUAL. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO QUE DENEGOU A SEGURANÇA.

(...)

2. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pelo recorrente contra alegado ato ilegal do Corregedor-Geral da Justiça do TJ/RJ, consistente na Portaria 1.092, de 9/5/2019, editada com fundamento na Meta 15 e no Provimento 77, ambos da Corregedoria Nacional de Justiça, por meio da qual se revogou a Portaria 1.938, de 9/9/2016, da mesma Corregedoria fluminense, que havia nomeado o impetrante como responsável interino pelo expediente do Cartório do 1º Ofício de Justiça de Campos dos Goytacazes/RJ, após o falecimento de seu genitor, ex-delegatário da serventia.

3. Com efeito, a Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ, em sua Meta 15, adotada no I Encontro de Corregedores do Serviço Extrajudicial, realizado em 07 de dezembro de 2017, deliberou por “Realizar levantamento detalhado da existência de nepotismo na nomeação de interinos no serviço extrajudicial, revogando os atos de nomeação em afronta ao princípio da moralidade”.

4. Em desdobramento, a mesma Corregedoria Nacional fez editar o Provimento n. 77, de 7/11/2018 (referendado pelo Plenário do CNJ em 9/4/2019), que passou a dispor “sobre a designação de responsável interino pelo expediente de serventias extrajudiciais vagas”(art. 1º)prevendo o seu artigo 2º, parágrafo 2º, o seguinte: "A designação de substituto para responder interinamente pelo expediente não poderá recair sobre cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau do antigo delegatário ou de magistrados do tribunal local".

5. A teor das informações prestadas pela apontada autoridade coatora (fls. 34/55), constata-se que a revogação da designação do recorrente se deveu à conclusão de que sua manutenção, como interino, à frente de serventia antes titularizada por seu falecido pai, importaria em nepotismo, ainda que em modo póstumo, com afronta ao princípio da moralidade, na linha de orientação ditada pelo CNJ, conclusão chancelada pelo acórdão local.

6. Nada obstante os serviços notariais e de registro sejam exercidos em caráter privado, assim o são por delegação do Poder Público (art. 236 da CF), atraindo, por isso, a permanente fiscalização do Poder Judiciário e do próprio CNJ (art. 103-B, § 4º, III, da CF), além de subordinarem-se aos princípios regentes da administração pública (art. 37 da CF) (RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63.160 – RJ, Relator RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA, DJE 17/2/2021).

11.26. Outro fator a ser rememorado é o seguinte: quer se considere a entidade equiparada às autarquias, conforme jurisprudência do STJ, ou fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado, conforme dispõe a sua lei de criação, não há dúvidas quanto a sua finalidade social que é positivada (art. 1º da Lei 6.855/1980).

11.27. Ressalta-se que a FHE foi instituída e é supervisionada pelo Ministério do Exército, tem o dever prestar contas ao TCU e a própria lei estabeleceu derrogações ao regime jurídico de direito privado, que, especialmente ligada a questão do nepotismo, está além da necessária obediência aos normativos constitucionais, a exigência de realização de concurso público.

11.28. Pelo exposto, entende-se que a FHE deve observar os princípios constitucionais insertos no art. 37, bem como o Decreto 7.203/2010.

11.29. Conforme afirma a recorrente, o acórdão recorrido reconheceu que à Pouplex não se aplica o Decreto 7.203/2010 (peça 297, p. 20, subitem 88) e dirigiu determinação à FHE, que, conforme destacado nos itens precedentes, possui respaldo nos normativos que regem a entidade.

11.30. Inclusive deve-se mencionar que a FHE tem se utilizado do Decreto 7.203, de 4/6/2010 em editais de licitação para fundamentar a vedação ao nepotismo (ex: Edital de Licitação 521/2021 – FHE, in https://www.pouplex.com.br/gecoc/wp-content/uploads/sites/11/Edital-no-521_2021_.pdf)

11.31. Assim, entende-se estar configurada a existência dos indícios de nepotismo o que justifica a determinação combatida, não devendo ser acolhido o pleito principal da recorrente.

11.32. Quanto ao pedido alternativo de concessão de prazo para a verificação da ocorrência de nepotismo, ressalta-se que, nos presentes autos, conforme acima mencionado, foram apurados indícios de nepotismo. Sendo assim, medidas para confirmar tal ocorrência são necessárias, considerando-se razoável que seja deferido prazo pelo TCU, destacando-se que os elementos contidos nos autos resultado do cruzamento de dados, já são de conhecimento da FHE.

10.33. No que toca ao pleito de recomendar à FHE que indique norma que estabelecerá as diretrizes relacionadas à contratação de empregados para o sistema FHE Poupex, a fim de afastar a ocorrência do nepotismo entende-se que tal medida não se faz necessária, a uma porque a vedação ao nepotismo não exigia a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e também pelo fato de a própria FHE utilizar o Decreto 7.203, de 4/6/2010 em editais de licitação para fundamentar a vedação ao nepotismo.

12. Lei de licitações e contratos e sua aplicabilidade à FHE

12.1. A FHE diz que as suas contratações são, todas, regidas pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (peça 340, p. 21).

12.2. Quanto às contratações relacionadas à tecnologia da informação afirma que todos os sistemas que servem à FHE também servem à Poupex, e. g., o mesmo sistema de concessão e gerenciamento do financiamento imobiliário é utilizado pelas duas instituições (peça 340, p. 22).

12.3. Defende ser legítima a utilização comum do mesmo parque tecnológico, em razão da eficácia e economicidade desse modelo, notadamente porque não há aporte de recursos orçamentários no âmbito da FHE (peça 340, p. 22).

12.4. Requer o afastamento da determinação de regularização dos contratos de prestação de bens e serviços, eis que a FHE já adota a Lei Geral de Licitações (peça 340, p. 25).

12.5. Alternativamente, caso não se entenda possível a manutenção da prática tal qual ocorre, requer que essa E. Corte possibilite à FHE a elaboração de plano de ação, em prazo não inferior a 180 dias, que disciplinará regras próprias simplificadas, relacionadas às contratações do sistema FHE Poupex (a contratação passará a ser conjunta, segundo as regras a serem estabelecidas), inclusive as relacionadas à tecnologia da informação, que contemple os princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (peça 340, p. 22).

Análise

12.6. Primeiramente deve-se destacar que a recorrente não questiona a submissão da FHE aos ditames da Lei Geral de Licitações e Contratos e afirma que as contratações da entidade são por ela regidas (peça 340, p. 21).

12.7. Entretanto, não foi essa a situação verificada nos presentes autos que apurou burla ao processo licitatório (conforme relatório da deliberação combatida à peça 298, p. 34):

152. No que se refere ao compartilhamento de recursos, também merece atenção o dado informado de que 91% das despesas de tecnologia da Poupex são ressarcidas pela FHE, valor que se considera relativamente expressivo e cuja memória de cálculo não foi remetida ao TCU, apesar de estar contemplada na redação dada ao mencionado item 1.7.1.3 do Acórdão 192/2020 - TCU – Plenário.

153. Ao consultar o relatório de gestão da entidade, verifica-se que alguns dos sistemas utilizados são adquiridos de terceiros (FAM Família, de propriedade da Mapfre BB; Plano Odontológico, de propriedade da Bradesco Dental; Sistema Multicálculo, de propriedade da Corretora Proseg; peça 1, p. 52-53), não ficando o claro o motivo pelo qual a sua contratação é realizada por intermédio da Poupex.

154. Uma vez que a FHE está submetida obrigatoriamente aos ditames da legislação relativa às contratações de bens e serviços públicos, conforme jurisprudência desta Corte reproduzida à peça 180 deste processo (Acórdão 1.149/2003 – TCU – Plenário, relator Lincoln Magalhães Rocha; Acórdão 1.142/2006-TCU-Plenário), a contratação de empresas, por intermédio da Poupex, pode representar burla ao processo licitatório.

(...)

156. O que se tem no caso em análise é uma prestação de serviço da Poupex à FHE que ocorre há mais de uma década, sem a realização de licitação, cuja última avaliação de equilíbrio econômico-financeiro foi realizada há treze anos, de forma precária e pouco transparente, o que suscita questões a respeito da necessidade de que a FHE realize licitações para a contratação dos serviços que atualmente lhe são prestados pela Poupex, uma vez que há, inclusive empresas estatais e sociedades de economia mistas atuantes no mesmo setor e que poderiam prestar tais serviços, possivelmente de forma mais econômica e eficiente, a exemplo do próprio Banco do Brasil, que tem representante no Conselho Administrativo da FHE.

157. Os fatos analisados neste processo indicam que a Poupex, conscientemente ou não, é utilizada como forma de evitar que a FHE tenha de realizar concursos públicos ou licitações, o que requer a adoção de medidas para evitar a continuidade dessas práticas irregulares.

12.8. A Constituição Federal de 1988 determinou que as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, são aplicáveis à administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, em empresas sob seu controle (inciso XXVII do art. 22).

12.9. O art. 6º, inciso XI, da Lei 8.666/1993 bem como o art. 6º, III, da *novel* Lei 14.133/2021, estatuto das licitações, corroborando a previsão do art 5º, inciso IV, do Decreto Lei 200/1967, consideraram, para fins daquela lei, as fundações instituídas ou mantidas pelo poder público como integrantes da Administração Pública:

Art. 6º - para os fins desta Lei, considera-se:(...)

XI -Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as **entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;** (grifos nossos)

12.10. Veja-se que o normativo acima não condiciona a sua aplicação à fundação apenas mantida por recursos públicos (...fundações por ele instituídas **ou** mantidas), não devendo obter êxito o argumento da recorrente de que a natureza dos recursos é que justificaria a incidência da norma.

12.11. Ademais, conforme já tratado nesta análise, a instituição e a criação da FHE obedeceram as regras constitucionais e legais que a qualificaram como uma fundação pública com personalidade jurídica de direito privado e finalidade social integrante da Administração Pública indireta, sobre a qual incide Leis 8.666/1993 e 14.133/2021.

12.12. Tal se coaduna com o art. 18 da Lei 6.855/1980 que vincula a FHE a observar, até que sejam editadas suas normas próprias, as regras de licitações contidas no Título XII do Decreto-lei 200/1967, sucedido pelo Decreto-Lei 2.300/1986 e pelas Leis 8.666/1993 e 14.133/2021, bem como com jurisprudência desta Corte de Contas:

12.13. Veja-se que o STJ, ao equiparar a entidade às autarquias, também destaca a submissão a lei de licitações e contratos como fundamento de sua conclusão, consoante julgado que motivou a edição da Súmula 324, transcrito nesta instrução

12.14. Ante o exposto, o argumento de eficácia e economicidade, na utilização do mesmo parque tecnológico pela FHE e pela Pouplex não devem sucumbir à observância do princípio da legalidade

12.15. Tendo-se em vista que a lei de licitações e contratos é de observância obrigatória pela entidade, o pleito de prazo para que a entidade discipline regras próprias simplificadas, relacionadas às contratações do sistema FHE Pouplex consoante os princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal sem observar a Lei 8.666/1993, não deve ser acolhido.

12.16. Ademais, quanto ao assunto, deve-se destacar que a FHE editou o seu regulamento de licitações e contratos, aprovado pelo Comandante do Exército, por meio da Portaria 152/2007 (DOU 65, de 4 de abril de 2007, Seção I).

12.17. Entretanto, no Acórdão 3410/2010 – TCU – Plenário, Ministro Relator Augusto Sherman, foi relatado que, apesar de ter sido editado o Regulamento de Licitações e Contratos da FHE, com aprovação mediante a Portaria do Comandante do Exército 152/2007, a norma continha disposições contrastantes com a Lei 8.666/1993, desrespeitando o art. 119 do citado diploma legal. Desse modo, determinou à entidade que:

9.2.1. enquanto não for editado o novo regulamento referido no item 9.1.1 deste acórdão, abstenha-se de aplicar às suas licitações e contratos os dispositivos do regulamento veiculado pela Portaria 152/2007 contrários à Lei 8.666/93, devendo ser aplicadas, em substituição aos dispositivos regulamentares inquinados, as disposições da referida lei;

12.18. Por fim, deve-se noticiar que, no exame das contas de 2010, foi verificado que a FHE afastou a incidência de seu regulamento de licitações e contratos, no que era incompatível com a Lei 8.666/1993, e revogou a Portaria 152/2007 que aprovou o regulamento, por meio da Portaria 248/2011 do Comando do Exército (peça 5, p. 12 e 13). Embora tenha sido cumprida a determinação, o regulamento teve vigência no exercício de 2010, configurando falha na gestão da FHE, tendo sido dada ciência à FHE que havia dispositivos contrários Lei 8.666/1993 (subitem 1.8.1.4 do Acórdão 691/2021 - TCU – Plenário, Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa).

13. Alterações estatutárias determinadas à FHE e à Pouplex

13.1 A FHE alega que a decisão recorrida quer tornar público o que é privado quando determina que se inclua, no Estatuto da FHE, os critérios de ocupação de cargos dos membros da Diretoria e do Conselho de

Administração da FHE, confundido tais posições com cargos ou empregos públicos, custeados com dinheiro público. Tal viola, de forma flagrante, o art. 4º da Lei 7.750/1989 (peça 340, p. 22).

13.2. Diz que o perfil profissional e a formação acadêmica compatível para o cargo, demais disso, não podem limitar a escolha das Diretorias das entidades que, por força de Lei (art. 5º Lei 6.855/1980), são nomeados pelo Presidente da República ou por quem essa autoridade delegue a competência (atualmente, ao Comandante do Exército) (peça 340, p. 22).

13.3. Assim, ilegal a determinação de acréscimo, ao Estatuto da FHE, das disposições relacionadas ao Decreto 9.727/2019 (item 9.2.2.7.2) que foi revogado (peça 340, p. 22).

13.4. Esclarece que a FHE não se opõe à determinação para excluir, de seu Estatuto, a possibilidade de indicação, pela Diretoria Colegiada da FHE, de membro para o Conselho de Administração, porém pleiteia o afastamento desta (peça 340, p. 22 e 25).

13.5. Alternativamente, requer que se permita a adequação do Estatuto, ratificando que o cargo seja ocupado por profissional com perfil aderente às necessidades da entidade, considerando-se os seus reflexos sobre essa. Pede que seja concedido à FHE, prazo não inferior a 180 dias, para a elaboração de norma que disciplinará os critérios de ocupação dos membros da Diretoria e do Conselho de Administração (peça 340, p. 23, 25 e 32).

13.6. Faz o relato da importância das entidades e as suas realizações e conclui que a decisão gera instabilidade sem precedentes e compromete toda essa história de sucesso. À luz do Direito e da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, a FHE requer sejam avaliadas todas as consequências deletérias, no campo institucional e social, notadamente sob as perspectivas de segurança jurídica, estabilidade das instituições e consequências sociais aos empregados e demais agentes que têm interface com a entidade (peça 340, p. 23).

Análise

13.7. A argumentação não deve ser acatada.

13.8. Quanto aos critérios de ocupação de cargos dos membros da Diretoria e do Conselho de Administração da FHE foi apurado o perfil inadequado dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria Colegiada da FHE, em razão do seguinte (peça 297, p. 13):

- os requisitos de nomeação da Diretoria Colegiada e do Conselho de Administração da FHE consistem em que o indicado, quando militar, seja oficial general do Exército ou militar da reserva remunerada, e quando civil, que tenha comprovada capacidade profissional; isso representaria uma involução em relação ao Estatuto aprovado pela Portaria 1.300/2016 do Comandante do Exército e desatenderia ao art. 2º do Decreto 9.727/2019, que aludem a “perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou a função para o qual tenha sido designado.

13.9. Informa-se que tal falha também foi verificada no estatuto da Poupex.

13.10. Desse modo, foi determinado que à FHE que:

9.2.2.7. adote medidas para promover as seguintes adequações no seu Estatuto:

(...)

9.2.2.7.2. incluir os critérios para ocupação de cargos previstos no art. 2º, inciso II, do Decreto 9.727/2019;

13.11. Também foi recomendado à entidade:

9.3. recomendar à FHE, com fundamento no art. 11 da Resolução 315/2020 do TCU, que incorpore ao Estatuto da Poupex as boas práticas contidas no art. 2º, inciso II, do Decreto 9.727/2019 e nos arts. 13 e 17 da Lei 13.303/2016, quanto à seleção e capacitação dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria Colegiada (perfil profissional ou formação acadêmica do candidato compatível com o cargo ou a função para o qual tenha sido indicado e participação periódica em treinamentos sobre temas relacionados às atividades da entidade);

13.12. A recorrente alega que a decisão quer tornar público o que é privado e confunde ocupação de cargos dos membros da Diretoria e do Conselho de Administração da FHE com emprego ou cargos remunerados por recursos públicos.

13.13. Primeiramente, conforme já destacado nesta instrução, não é apenas a natureza dos recursos que define as normas que regem a entidade. Especificamente, no caso da FHE, embora não seja mantida com recursos financeiros do Orçamento Geral da União, beneficia-se do ativo imobilizado da União. Além disso, recordam-se os fundamentos para que a entidade preste contas a este Tribunal.

13.14. O Decreto 9.727/2019 dispunha sobre os critérios, o perfil profissional e os procedimentos gerais a serem observados para a ocupação dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e das Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE.

13.15. Ao editar o Decreto 9.727/2019, regulamentando a norma inserta no art. 5º da Lei 13.346/2016, o Sr. Presidente da República limitou a discricionariedade, impondo o cumprimento de critérios técnicos específicos e pertinentes, exigindo adequada qualificação dos interessados em exercerem essas funções. Trata-se de norma de observância obrigatória em todos os níveis e órgãos de governo, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

13.16. Um dos motivos para as alterações ocorridas por meio do Decreto 9.727/2019 foi o intuito de priorizar a contratação de servidores que tem perfil qualificado para a gestão pública e retirar eventuais nomeações arbitrárias, de pessoas que não tem perfil técnico adequado a determinada função. Segundo Andreia Verdélio, o Decreto 9.727/2019 dispõe apenas de critérios mínimos, que podem ser ampliados pelos órgãos públicos para admissão em cargos e funções:

De acordo com o secretário de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, Paulo Uebel, **o decreto traz critérios mínimos, que poderão ser ainda ampliados por cada órgão no preenchimento dos cargos e funções. “O objetivo é qualificar ainda mais a gestão pública e blindar qualquer nomeação de pessoas que não têm perfil adequado”** (VERDÉLIO, Andreia. **Governo fixa critérios para ocupação de cargos e funções comissionadas: As nomeações terão de estar de acordo com a Lei da Ficha Limpa.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-03/governo-fixa-criterios-para-ocupacao-de-cargos-e-funcoes-comissionadas> Acesso em 15 jul. 2023

13.17. Entende-se que o normativo se aplica à FHE, pois tal entidade, consoante seu estatuto, é uma fundação pública, desfruta de prerrogativas e sujeições próprias do direito público e compõe a administração indireta, a teor do art. 4, II do Decreto Lei 200/1967.

13.18. Além disso, inquestionavelmente a FHE deve se orientar pelos princípios constitucionais (art. 37, da CF), dentre eles os da impessoalidade e legalidade, bem como observar o art. 70, da CF, conforme o disposto no art. 4º da Lei 7.750/1989, mencionado pela recorrente, como infringido pela determinação.

13.19. O art. 2º, inciso II, do Decreto 9.727/2019, prescrevia, como critério para ocupação de DAS ou FCPE, *“perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou função para o qual tenha sido indicado”*.

13.20. Tal normativo foi revogado pelo Decreto 10.829/2021, que regulamenta a Lei 14.204, de 16 de setembro de 2021, e simplifica a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e altera o Decreto 9.739, de 28 de março de 2019.

13.21. O seu art. 15 traz os critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança. No seu inciso II dispôs:

Art. 15. São critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

(..)

II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo em comissão ou com a função de confiança para o qual tenha sido indicado; e

13.22. Entende-se que o pleito do recorrente de que exigência de perfil profissional ou formação acadêmica compatível não afasta que o cargo seja ocupado por profissional com perfil aderente às necessidades da entidade.

13.23. No que toca à recomendação para que a FHE incorpore ao Estatuto da Poupef as boas práticas contidas no art. 2º, inciso II, do Decreto 9.727/2019 e nos arts. 13 e 17 da Lei 13.303/2016, quanto à seleção e capacitação dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria Colegiada, considera-se que se trata de questão que está na alçada da Fundação pelo fato de o estatuto da associação e demais documentos relacionados à sua organização e funcionamento, bem como a política salarial dos dirigentes, serem elaborados pela FHE, entidade integrante da administração pública, cujos atos administrativos estão sujeitos à fiscalização desta Corte de Contas, justificando-se portanto, a recomendação.

13.24. Diante da revogação do Decreto 9.727/2019 pelo Decreto 10.829/2021, propõe-se que na determinação passe a constar o inciso II, do art. 15 do Decreto 10.829/2021.

14. CONCLUSÃO

14.1. Quer se entenda que a FHE é uma fundação pública, conforme previsto na Lei 6.855/1980 ou, uma entidade equiparada a uma autarquia, posição adotada pelo STJ, é inquestionável a existência de normas de direito público que derogam o regime jurídico privado a reger a entidade, inclusive porque a FHE desfruta, no seu relacionamento com a União, de privilégios não disponíveis a entidades privadas que exercem atividades de mesma natureza, ou seja, goza de poderes ou prerrogativas próprias do Poder Público.

14.2. No que toca à Poupex, independentemente da natureza privada dos recursos que a compõe, não se pode olvidar que os seus recursos são também provenientes de depósitos da FHE, sendo gerida por esta.

14.3. Considerando-se os normativos que regem a FHE, o fato de a entidade ser tratada como uma fundação pública já atrai a incidência da LAI, cujas disposições se aplicam às fundações assim como às autarquias, caso seja utilizada a tese encampada pelo STJ. Assim, levando-se em conta as peculiaridades que envolvem a entidade, as suas normas regentes e as prerrogativas e sujeições, com clara derrogação do regime privado se entende que a LAI se aplica a esta.

14.4. Em relação aos remanejamentos patrimoniais (permutas no âmbito da entidade), os privilégios destacados na deliberação combatida (direito de preferência e dispensa de licitação) não se referiram apenas à vantagem econômica, mas sim, à derrogação de normas do direito privado aplicando-se normas próprias de relação de direito público. E não é somente isso. A entidade utiliza do ativo imobilizado da união para cumprir a sua finalidade social. Ainda em relação ao tema, a existência de processos conexos indicou risco elevado nas atividades referentes aos empreendimentos habitacionais e as operações imobiliárias realizadas pela FHE, que foram objeto inclusive de ações judiciais, o que justificou a expedição de determinação.

14.5. Quanto à exigência da realização de concurso público no âmbito da FHE, os normativos que regem a entidade contém tal previsão, que além de legal, é constitucional, respaldada no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Além disso, tal exigência garante o respeito a vários princípios constitucionais de Direito Administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia.

14.6. Entende-se que há potencial risco de conflito de interesses seja pela identidade entre Presidente, Vice-Presidente e Diretores da FHE e da Poupex ou a participação obrigatória dos membros do Conselho Administrativo da FHE no Conselho Administrativo da Poupex, previstos nos seus estatutos. Tal inviabiliza a segregação de funções entre as duas entidades, não havendo como reconhecer a legalidade do exercício simultâneo, pelos mesmos agentes, de encargos de funções diretivas e gerenciais na FHE e na Poupex.

14.7. Foi apurada a existência de indícios de nepotismo na FHE. Considerando-se os normativos que regem a entidade, bem como as derrogações ao regime privado consubstanciadas em prerrogativas e sujeições pertencentes ao poder público, se entende que a FHE deve observar os princípios constitucionais insertos no art. 37, bem como o Decreto 7.203/2010. Nos presentes autos, pelo fato de terem sido apurados indícios de nepotismo, entendeu-se que, medidas para confirmar tal ocorrência são necessárias, considerando-se razoável que seja deferido prazo pelo TCU, à FHE, destacando-se que os elementos contidos nos autos resultado do cruzamento de dados, já são de conhecimento da FHE.

14.8. A instituição e a criação da FHE obedecem às regras constitucionais e legais que a qualificaram como uma fundação pública com personalidade jurídica de direito privado e finalidade social integrante da Administração Pública indireta, sobre a qual incide Leis 8.666/1993 e 14.133/2021.

14.9. Por fim, as alterações estatutárias determinadas à FHE e à Poupex encontram respaldo normativo, não existindo argumentos para afastá-las. Entende-se que o Decreto 9.727/2019 se aplica à FHE, pois tal entidade, consoante seu estatuto é uma fundação pública, desfruta de prerrogativas e sujeições próprias do direito público e compõe a administração indireta, a teor do art. 4, II do Decreto Lei 200/1967.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

15. À peça 370, os advogados Wladimir Camargos OAB/DF 39.918 Sibylla Naoum OAB 67.325/DF Ana Paula Terra OAB 121.153/RJ comunicam a renúncia aos poderes que lhes foram conferidos pela FHE, nos autos do processo em epígrafe, conforme substabelecimento de peça 236.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

16. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, I e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, a fim acrescentar ao acórdão combatido a concessão de prazo para a verificação da ocorrência de nepotismo, considerando-se os elementos contidos nos autos resultado do cruzamento de dados, que já são de conhecimento da FHE;

b) retificar os subitens do acórdão combatido que fazem menção ao Decreto 9.727/2019, passando-se a constar as disposições do Decreto 10.829/2021, que o revogou;

c) informar à recorrente e demais interessados do acórdão a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.

3. O Ministério Público junto a este Tribunal, à Peça 378, manifesta parcial concordância com a instrução da unidade técnica, ante os seguintes fundamentos:

“[...] 2. A equipe técnica examina os argumentos recursais na instrução de peça 371, endossada pelos dirigentes da AudRecursos (pelas 372-373).

3. Em síntese, a recorrente impugna a totalidade dos itens 9.2 e 9.3, enquanto a AudRecursos propugna a integral preservação das diretrizes combatidas.

4. Este Ministério Público, no entanto, não acolhe inteiramente os argumentos da recorrente nem da unidade técnica, entendendo necessário realizar o exame individualizado de cada subitem recorrido.

5. Considerando o tratamento heterogêneo conferido por nossa Constituição analítica a temas como transparência, finanças públicas, controle externo, concursos públicos e licitações, conjugado à particularidade do programa normativo representado pela Lei 7.750/1989, impõe-nos o reconhecimento de uma solução do tipo *checkerboard* (Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Hart Publishing: Oxford, 2012. pp. 179 -181), conforme elaboramos nas considerações finais desta peça.

6. Este parecer dedica seções próprias para apresentação das razões da FHE, da AudRecursos e do *Parquet*, resultando no seguinte sumário:

I – Admissibilidade	4
II – Argumentos recursais	5
III – Análise da unidade técnica.....	8
IV – Posicionamento do Ministério Público de Contas – natureza jurídica da FHE.....	11
Item 9.2.1 – classificação da informação provida pela FHE.....	12
Itens 9.2.2.1.1 e 9.2.2.1.4 – aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação	13
Item 9.2.2.1.2 – aplicabilidade da Lei de Responsabilidade Fiscal	17
Item 9.2.2.1.3 – aplicabilidade da Portaria Interministerial 140/2006 da CGU/MPOG	18
Item 9.2.2.1.5 – aplicabilidade da Lei 13.460/2017	19
Item 9.2.2.1.6, 9.2.2.1.7 e 9.2.2.7.2 – aplicabilidade dos Decretos 9.727/2019 e 7.724/2012.....	20
Itens 9.2.2.1.8 e 9.2.2.2 – aplicabilidade da IN TCU 84/2020.....	21
Item 9.2.2.3 – aplicabilidade dos princípios administrativo-constitucionais	23
Itens 9.2.2.4 e 9.2.2.5.1 – valores devidos à Pouplex e dimensionamento da força de trabalho	23
Itens 9.2.2.5.2, 9.2.2.5.3, 9.2.2.7.4 e 9.2.3.2 –aplicabilidade do art. 20 da Lei 6.855/1980 (concurso)	24
Item 9.2.2.6 – aplicabilidade do Decreto 7.203/2010	30
Itens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1 – aplicabilidade do art. 3º da Lei 6.855/1980	31
Item 9.2.2.7.3 – Indicação de membros para o Conselho de Administração da FHE.....	35
Item 9.2.2.8.2 – Indicação de membros para o Conselho de Administração da Pouplex	36
Item 9.2.3.1 – Licitações	37
V – Considerações adicionais da recorrente (peça 377)	40
VI – Considerações finais do Ministério Público de Contas	40
VII – Proposta de encaminhamento	41

I – Admissibilidade

7. Quanto ao juízo de admissibilidade do recurso, a AudRecursos posiciona-se pelo conhecimento do apelo apenas relativamente ao item 9.2, tendo em mente a jurisprudência dominante no TCU no sentido de que a diretiva do tipo “recomendação” não enseja sucumbência ao jurisdicionado (peça 346).

8. O Ministério Público junto ao TCU acompanha o posicionamento da unidade técnica, reforçando-o com as considerações seguintes.

9. Sobre a recorribilidade de recomendações, não se desconhece, contudo, a jurisprudência minoritária representada pelos Acórdãos 1.249/2020-1ª Câmara (Rel. Min. Bruno Dantas) e 2.533/2015-Plenário (Rel. Min. Bruno Dantas), segundo a qual se considera que a existência de sucumbência em recomendações “deve ser analisada em cada caso concreto”.

10. Acedendo à *ratio decidendi* do mencionado Acórdão 1.249/2020-1ª Câmara, verifica-se que o Voto condutor assim registra:

13. Em segundo lugar, embora se trate de recomendação cujo cumprimento não é cogente pela unidade jurisdicionada, entendo que, a depender das circunstâncias específicas do caso concreto, pode haver prejuízo à parte derivada desta espécie de comando, vez que, na espécie, **não se tratou apenas de indicação de boas práticas.**

(grifo acrescentado)

11. No caso em descortino, verifica-se que o item 9.3 endereçado à recorrente se tratou apenas de indicação de boas práticas, operando-se *distinguish* relativamente à exceção proposta pela aludida jurisprudência minoritária e reforçando a noção de que, mesmo examinado o caso concreto, inexistia sucumbência à FHE a justificar o interesse recursal.

II – Argumentos recursais

12. A FHE principia sua exposição ponderando que, embora “tenha evidentes vínculos com o Estado”, “não administra recursos públicos, não exerce atividades típicas da Administração Pública, não trata de temas que se situem no âmbito do interesse público primário nem secundário (não lida com recursos públicos), além de não se beneficiar de patrimônio proveniente da União em suas operações” (peça 340, p. 4).

13. Ademais, a entidade alega não ter sido levado em consideração que, malgrado ter recebido aporte inicial do erário, “o art. 3º da Lei 7.750/89 impediu-a do recebimento de recursos públicos. Mas, antes mesmo da edição dessa lei, por decisão de seu Conselho de Administração, a FHE deixou de recebê-los, a partir de 1988, e os tais recursos públicos originais foram integralmente restituídos em 1987 ao Tesouro Nacional, por meio de Ordem Bancária” (peça 340, p. 5). Os comprovantes desse reembolso encontrar-se-iam nos Anexos I e II da peça recursal (peça 340, p. 28).

14. Nesse ponto, argumenta não haver “utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome dela, assumira obrigação de natureza pecuniária” (peça 340, p. 5).

15. A recorrente assevera, ainda, que a deliberação apelada, embora tenha reconhecido que a FHE não recebe recursos do Orçamento da União, entendeu que a possibilidade de “operação de remanejamento patrimonial” – consistente na possibilidade de aquisição, mediante permuta, de imóveis inservíveis ao Exército, por iniciativa deste – significaria que a entidade utiliza recursos públicos em suas operações finalísticas (peça 340, p. 6).

16. Tal conclusão do Voto condutor do aresto recorrido se assenta na premissa de que a FHE desfrutaria de privilégios não disponíveis a entidades privadas (peça 340, p. 10). Sobre o tema, assim disserta a entidade (peça 340, p. 11):

A operação de remanejamento patrimonial consiste em permuta de imóvel que não atende mais aos interesses da União/Exército Brasileiro por edificações a serem construídas pela FHE. Tal operação respeita, prioritariamente, interesse do Comando do Exército e tem exatamente essa feição legal.

A FHE, ao revés do que deixa entrever a decisão recorrida, não tem vantagem, lucro, benefício financeiro ou resultado positivo com essas operações, nem, tampouco, se vale desses imóveis para edificar seus empreendimentos e cumprir sua finalidade.

Em verdade, se a entidade dependesse dos imóveis objeto de remanejamento patrimonial para construir imóveis objeto de suas operações e alcançar sua finalidade (suprir a deficiência de moradia do público militar, p.ex.), a FHE não mais existiria, dada a localidade, as condições e a própria escassez dos imóveis permutados nesse tipo de operação. Outro ponto relevante, que afasta a ideia de que há utilização de recursos públicos para alcançar a finalidade institucional, é o fato, concreto, de que se o imóvel ingressar no patrimônio da FHE por um valor X, a FHE deve, à União, o mesmo valor X, em obras a serem edificadas.

Recobre-se: trata-se de uma permuta e não de uma doação. E tal contrato em nada se divorcia das características de transações comerciais que a FHE realiza com parceiros em sua atuação.

Sobreleva notar que todas as edificações construídas pela FHE para a finalidade em questão são precedidas de regular processo licitatório (cf. Acórdão 1149/2013-TCU-Plenário e Acórdão 1146/2006-TCU Plenário), às expensas da Fundação, responsável por todos os aspectos relacionados às obras (temas ambientais de profunda complexidade, inexecuções contratuais de construtoras, passivos trabalhistas e demais entraves típicos, recorrentes e até mesmo esperados nesse tipo de operação).

Como se vê, ao invés de vantagem, a operação de remanejamento patrimonial coloca a FHE, mais das vezes, em posição de desvantagem, se forem bem observadas as nuances e a complexidade inerentes à transação.

17. Pondera que a decisão recorrida comprometeria sua autonomia e independência funcional, com “gravosas consequências sociais, econômicas e administrativas” (peça 340, p. 6) e “impactos financeiros insuportáveis” (peça 340, p. 19) – decorrentes, em especial, da decisão de segregar a diretoria da FHE e da Pouplex (peça 340, p. 12).

18. Nesse campo, afirma que o acórdão recorrido desconsiderou que “as entidades possuem Conselhos de Administração e Auditorias com estruturas completamente segregadas, o que permite o amplo e irrestrito exercício da supervisão das atividades e da gestão da FHE à POUPEX” (peça 340, p. 12).

19. Prossegue argumentando que “o art. 4º da Lei n. 7.750/1989, ao dispor expressamente que à FHE não se aplicam as normas relativas às autarquias e fundações públicas, retirou a Fundação do campo de incidência das normas gerais da Administração Indireta” (peça 340, p. 8).

20. A fundação evoca o pronunciamento do *Parquet* de Contas na etapa de conhecimento deste feito, destacando o seguinte excerto:

[...] não vislumbramos no texto do art. 3.º da Lei n.º 6.855/1980 vedação da designação das mesmas pessoas para o exercício de função gerencial na FHE e na POUPEX, como aduzido pela Unidade Técnica. O citado dispositivo se limita a estabelecer que os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX serão cedidos e designados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração .
[...]

(transcrição do parecer do MP à peça 340, p. 13)

21. A entidade se opõe à interpretação conferida no Voto condutor da decisão recorrida no sentido de que a impossibilidade de cumulação de funções de diretor da FHE e da Pouplex adviria da redação do art. 3.º da Lei 6.855/1980, que menciona que os administradores da Pouplex serão **cedidos** e designados pela FHE. No entendimento da recorrente, não teria sido a intenção do legislador que a cessão referida implicasse a “perda da disponibilidade do colaborador cedido” pela FHE (peça 340, p. 13). Sustenta que “a expressão ‘designar’ sempre possibilitou a simultânea atuação dos dirigentes” (peça 340, p. 14) – pois, “se houvesse essa vedação, a norma assim preveria de modo expresso” (peça 340, p. 14).

22. Defende a tese de que a segregação administrativa, tal como prescrita no acórdão recorrido, presta-se a afastar conflito de interesses, problema inexistente na relação entre a FHE e a Pouplex, as quais foram criadas conjuntamente e com dependência e alinhamento recíprocos (peça 340, pp. 14-15).

23. Realça que as duas instituições possuem Conselhos de Administração distintos, possibilitando efetiva supervisão e controle (peça 340, p. 15). E acrescenta que o Judiciário Trabalhista invariavelmente considera que, entre a FHE e a Pouplex, observa-se interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta (peça 340, p. 19).

24. No que diz respeito à incidência da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), a recorrente obtempera “não ter problema em divulgar seus números e informações ao público em geral”, mas “as informações relacionadas à transparência, exigida para entes públicos, não incidem à entidade cujos produtos são disponibilizados ao seu público com a utilização de recursos privados” (peça 340, p. 8). Assim, assevera que “não há como divulgar as remunerações de empregados da POUPEX” (peça 340, p. 9), alegando que tal divulgação vulneraria a Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

25. Quanto à determinação para realização de concurso público, a FHE pontua que o art. 20 da Lei 6.855/1980 foi revogado pelo art. 4º da Lei 7.750/1989, valendo transcrevê-los neste espaço:

Lei 6.855/1980, art. 20. A contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE será feita por concurso público, exceto para as funções de confiança.

Lei 7.750/1989, art. 4º. Ressalvadas a supervisão ministerial e as determinações do art. 70 e seu parágrafo único da Constituição Federal, à Fundação Habitacional Exército - FHE não se aplicam outras disposições legais e regulamentares relativas às autarquias, às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração Indireta.

Parágrafo único. Fica mantida a obrigação instituída nos arts. 16 e 17 da Lei 6.855, de 18 de novembro de 1980. [destinatários da prestação de contas e vinculação ao Comando do Exército]

26. Considerando o teor do parágrafo único reproduzido acima, a recorrente pontua que “Quando o legislador quis manter as obrigações legais dirigidas à FHE (prestação de contas e controle finalístico), o fez de forma intencional, expressa. Seria bastante singelo, nesse caminho, que o mesmo legislador, acaso quisesse

manter a regra do concurso público para ingresso na FHE, acrescesse, ao dispositivo legal supratranscrito, o art. 20 da Lei n. 6.855/1980” (peça 340, p. 18).

27. Passando à determinação relacionada à prevenção ao nepotismo, a FHE aponta que o acórdão atinge indevidamente a Poupex, considerada a parcial intersecção na estrutura de ambas:

O acórdão recorrido reconhece que à POUPEX não se aplica o Decreto n. 7.203/2010, mas, contraditoriamente, indica a necessidade de sua incidência para avaliar se há nepotismo no âmbito da entidade de direito privado, vez que a FHE se vale da estrutura funcional da POUPEX para exercer suas atribuições.

A questão prefacial que se impõe é se a vedação do nepotismo está dirigida a uma Instituição que não recebe recursos orçamentários da União e cujos empregados apenas prestam, concomitantemente, serviços à FHE, em razão os vínculos institucionais detalhados em diversas passagens deste recurso.

(peça 340, p. 20)

28. Quanto às licitações e contratações da FHE, especificamente as relacionadas à tecnologia da informação, a apelante recorda que os “sistemas que servem à FHE servem à POUPEX, e, g., o mesmo sistema de concessão e gerenciamento do financiamento imobiliário é utilizado pelas duas Instituições (o mesmo processo, com idêntico fluxo de aprovação e mecanismos de verificação)” (peça 340, p. 22).

29. Assim, em virtude do compartilhamento do parque tecnológico, a contratação ocorre de forma conjunta, não estando a Poupex abarcada pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (peça 340, pp. 21-22).

30. Quanto às demais injunções do acórdão recorrido incidentes sobre os estatutos da FHE e da Poupex, a recorrente alega que a previsão normativa de critérios de ocupação de cargos dos membros da Diretoria e Conselho de Administração equivaleria a considerar tais posições como cargos ou empregos públicos. De mais a mais, o acórdão recorrido determina a inclusão, no estatuto da FHE, de disposições listadas no Decreto 9.727/2019, o qual se encontraria expressamente revogado.

31. Por fim, a entidade formula pedido de sustentação oral quando do julgamento do feito em sessão colegiada (peça 340, p. 26).

III – Análise da unidade técnica

32. A unidade técnica, inicialmente, traça amplas considerações sobre a natureza da FHE, concluindo tratar-se de pessoa jurídica de direito privado, porém com “influência do direito público (...), por integrar o rol de entidades componentes da administração pública indireta” (peça 371, p. 13).

33. Na sequência, a AudRecursos examina o argumento de que a Poupex não teria sido destinatária de recursos públicos (peça 371, pp. 18-19), concluindo que “Independentemente da natureza privada dos recursos que a compõe, não se pode olvidar que tais recursos são também provenientes de depósitos da FHE” (peça 371, p. 19).

34. Em seguida, reexaminando a aplicabilidade da LAI à FHE, a unidade técnica opina que “Quer se considere a lei ou a jurisprudência, a submissão da FHE à Lei de Acesso à Informação é clara, não se afastando a sua aplicabilidade em razão de não receber recursos públicos” (peça 371, p. 20). A AudRecursos menciona, ainda, o princípio da transparência e a sujeição da FHE à IN TCU 84/2020 que, a seu sentir, sujeitariam a FHE especificamente à observância da LAI.

35. Ainda nesse campo, a unidade técnica desconsidera a indicação de que a LAI não se aplicaria à FHE por força do art. 4º da Lei 7.750/1989:

Art. 4º Ressalvadas a supervisão ministerial e as determinações do art. 70 e seu parágrafo único da Constituição Federal, à Fundação Habitacional Exército - FHE não se aplicam outras disposições legais e regulamentares relativas às autarquias, às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração Indireta.

36. O argumento da AudRecursos para negar vigência ao dispositivo legal transcrito acima é o de que: a) “tal artigo não deve ser interpretado isoladamente, necessitando-se considerar todos os demais normativos que se aplicam à entidade vigentes no mundo jurídico”; e b) “o próprio art. 4º da Lei 7.750/1989 consigna a supervisão ministerial e as disposições do art. 70, § único da CF como de observância obrigatória pela entidade” (peça 371, p. 21).

37. Elucidando seu segundo argumento, a unidade técnica traz à colação excerto da exposição de motivos do projeto que originou a Lei 7.750/1989, justificando a sujeição da FHE ao controle externo. A relação

do argumento com a LAI, todavia, decorreria de “conexão entre o dever de prestar contas e o princípio da transparência” (peça 371, p. 21).

38. A determinação para que a FHE aplicasse a LAI relativamente a certas informações da Pouplex, a seu turno, “tiveram como fundamento o Decreto 7.724/2012” (peça 371, p. 22), normativo que regulamenta a LAI.

39. Passando ao tema das “prerrogativas” da FHE, que conduziu a deliberação anterior à conclusão de que a FHE administraria recursos públicos porquanto “recebe imóveis da União em permuta” (peça 371, p. 23), a AudRecursos pondera que o art. 30 da Lei 6.855/1980 autoriza o Ministério do Exército, inclusive, a doar imóveis à FHE, desde que sua “utilização ou exploração não atenda mais às necessidades do Exército”.

40. Os parágrafos daquele mesmo dispositivo estipulam, ainda, direito de preferência à FHE para aquisição dos imóveis postos à venda pelo Exército (§ 2º) e dispensa de licitação tanto as vendas quanto as permutas de imóveis havidas entre a FHE e a União e as entidades de sua Administração indireta (§ 3º).

41. No concernente às determinações alusivas à necessidade de realização de concurso público, a unidade técnica rechaça o argumento de que o art. 4º da Lei 7.750/1989 teria revogado o art. 20 da Lei 6.855/1980 porquanto existiriam indícios de que a Lei 6.855/1980 não teria sido ab-rogada (peça 371, pp. 27-28).

42. Rememora que o assunto vem sendo tratado desde o processo das contas anuais da FHE relativas a 2009 (TC 023.292/2010-5), tendo sido “sobrestado em 2015 até o julgamento, em definitivo, do mérito do TC 032.763/2010-7 (Denúncia), do TC-024.637/2013-0 (Representação), bem assim da Tomada de Contas Especial autuada por força do Acórdão 3.145/2013 – Plenário” (peça 371, p. 29).

43. Sobre a necessidade de segregação entre a FHE e a Pouplex, a AudRecursos aduz que “em relação à Pouplex cabe a observância do princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, na contratação de seus colaboradores em razão da sistemática de repasses regulares de recursos da FHE a título de reembolso de despesas de pessoal” (peça 371, p. 32). Recapitula, nessa altura, o fundamento da determinação em testilha:

(...) A acumulação de funções de direção colegiada (Presidência, Vice-Presidência e Diretoria) da FHE e da Pouplex prevista no estatuto da associação foi considerada irregular pois seria incompatível com o art. 3º da Lei 6.855/1980 e inviabiliza a supervisão que a primeira deve exercer sobre a segunda, nos termos do art. 2º da Lei 7.750/1990 (peça 297, p. 14).

10.27. O art. 3º da Lei 6.855/1980:

Art 3º Os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX serão **cedidos e designados** pela Fundação Habitacional do Exército - FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração. (grifos acrescidos)

10.28. Da leitura de tal dispositivo se denota a ingerência da FHE sobre a Pouplex até porque a FHE foi criada para gerir a Pouplex.

10.29. Entende-se que a determinação desta Corte de Contas não tem o objetivo de segregar as entidades, mas sim de dar efetividade à lei, bem como garantir a observância dos princípios da impessoalidade e da segregação das funções.
(peça 371, p. 33)

44. A AudRecursos sustenta, em oposição à recorrente, que o termo “cessão” implica sempre e necessariamente “a perda da disponibilidade do colaborador cedido” (peça 371, p. 33), de modo que o exercício simultâneo das funções de direção colegiada não se amoldaria ao instituto.

45. Ademais, a unidade técnica defende que o “princípio da segregação de funções” (peça 371, p. 34) ampara as determinações em debate, fazendo alusão a norma técnica do Conselho Federal de Contabilidade. E sustenta, adicionalmente, que as diretrizes do acórdão recorrido se prestam a evitar conflito de interesse entre a FHE e a Pouplex (peça 371, p. 35).

46. Adentrando as determinações que tangenciam a prevenção a possível nepotismo na FHE e também na Pouplex, a AudRecursos pondera que o Decreto 7.203/2010 dispõe sobre a vedação do nepotismo na Administração Pública Federal, sendo que o Enunciado de Súmula 13 do STF tem o mesmo escopo, *i.e.* a Administração Pública Federal, tanto direta quanto indireta.

47. De forma relevante, a unidade evoca o entendimento do STJ na solução do MS 63.160-RJ (Rel. Min. Sérgio Kukina, p. DJE 17/2/2021), na qual se esclarece que entidades que não administrem recursos

públicos podem sujeitar-se à vedação ao nepotismo, a depender de sua relação com o Estado (*in casu*, a delegação característica dos serviços notariais).

48. Assim, a AudRecursos entende que devem ser mantidas as determinações em tela, inclusive no que tange aos empregados da Poupex.

49. No passo seguinte, a AudRecursos trata da aplicabilidade da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos à FHE.

50. Nessa seara, o primeiro argumento da unidade técnica reside no preceituado pelo art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República, que trata das competências legislativas da União. Com efeito, a secretaria entende que tal dispositivo “determinou que as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, são aplicáveis à administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (peça 371, p. 42).

51. Para cotejo, segue o teor do mencionado dispositivo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

52. Em reforço, argumenta que as Leis 8.666/1993 e 14.133/2021 conceituam seu âmbito de abrangência como sendo a Administração Pública. O art. 18 da Lei 6.855/1980, ainda vigente no sentir da unidade técnica, também preceituaria a sujeição da FHE às regras gerais de licitação pública.

53. Desponta, ainda, o Acórdão 3.410/2010-Plenário (Rel. Min. Augusto Sherman), em que o TCU decidira que seriam inválidas as regras contidas no regulamento de aquisições próprio da FHE – a saber, a Portaria 152/2007 – que contrariassem a então vigente Lei 8.666/1993. O entendimento dessa decisão teria sido reiterada via Acórdão 691/2021-Plenário (Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

54. Por último, a AudRecursos adentra o tema das alterações estatutárias determinadas à FHE e à Poupex (itens 9.2.2.7.2 e 9.3 do acórdão recorrido), versando basicamente a respeito de critérios para preenchimento de cargos naquelas entidades.

55. A unidade técnica, olvidando-se de sua correta análise anterior (peça 346, quanto à admissibilidade do apelo), enfrenta o mérito do recurso quanto à recomendação exarada (item 9.3), concluindo que a medida proposta “se trata de questão que está na alçada da Fundação” (peça 371, p. 45).

56. Quanto à determinação (item 9.2.2.7.2), recorda que “não é apenas a natureza dos recursos [geridos] que define as normas que regem a entidade” (peça 371, p. 44), reconhecendo que a FHE não é mantida com recursos financeiros do Orçamento Geral da União. Relembra, ainda, que a determinação em tela se ampara no Decreto 9.727/2019 – incidente, conforme seu art. 1º, à administração pública federal direta, autárquica e fundacional (peça 371, p. 44).

57. Pondera a unidade técnica, contudo, que o referido Decreto 9.727/2019 foi revogado pelo Decreto 10.829/2021, o qual “simplifica a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional” (peça 371, p. 45), tratando do assunto em voga em seu art. 15:

Art. 15. São critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

(..)

II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo em comissão ou com a função de confiança para o qual tenha sido indicado; e

58. Dessarte, a AudRecursos propugna por que a determinação do item 9.2.2.7.2 passe a contemplar o dispositivo acima transcrito como seu fundamento.

59. A unidade técnica não se manifestou acerca do pedido de sustentação oral, formulado pela FHE à peça 340.

IV – Posicionamento do Ministério Público de Contas – natureza jurídica da FHE

60. Conforme adiantado na introdução deste parecer, o *Parquet* de Contas não adere integralmente aos argumentos recursais, nem tampouco entende assistir razão inteiramente à unidade técnica.

61. Preambularmente à discussão acerca dos itens da determinação atacada, cumpre realizar breves apontamentos acerca da **corrente** situação jurídica da Fundação Habitacional do Exército (FHE) diante do arcabouço normativo-constitucional vigente.

62. Nesse passo, cabe recordar que a Fundação Habitacional do Exército (FHE) teve sua criação **autorizada** pela Lei 6.855/1980, art. 1º, *caput*, que buscou conferir-lhe “personalidade jurídica de direito privado”. Em consonância com o mesmo dispositivo legal, a FHE teve seu estatuto aprovado por decreto presidencial (Decreto 86.050/1981), o qual reitera ser de direito privado sua natureza jurídica.

63. Ao tempo de sua criação, portanto, vigia o Decreto-Lei 900/1969, cujo art. 3º excluía do âmbito da Administração Pública Indireta “as fundações instituídas em virtude de lei federal” – ressalvada a respectiva supervisão ministerial, e esta última ainda assim somente quando recebessem “subvenções e transferências à conta do orçamento da União”.

64. Entretanto, eventual alegação de alheamento da FHE relativamente à Administração Pública não mereceria acolhimento, considerando que:

a) o referido art. 3º do Decreto-Lei 900/1969 fora revogado expressamente pelo Decreto-Lei 2.299/1986, indicando a intenção legislativa de reconhecer o pertencimento de tais entidades à Administração Pública Indireta; e

b) ainda que não houvesse a citada descontinuidade normativa no tratamento da matéria, inexistiria possibilidade de recepção de semelhante preceito pela Constituição da República de 1988, segundo o escólio acadêmico do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, ao qual ora aderimos:

Aspecto importante dessa discussão consiste em saber se as fundações públicas de Direito Privado seriam entidades administrativas ou secundárias e integrariam, portanto, a Administração Pública indireta em sua respectiva esfera de governo. A resposta parece ser positiva. Não existe qualquer razão para que as fundações públicas de Direito Público sejam excluídas do âmbito da Administração Pública indireta. A existência de legislação anterior à vigência da Constituição Federal de 1998 que tenha tido a pretensão de excluir do âmbito da Administração Pública indireta as fundações públicas de Direito Privado (Decreto-Lei nº 900/69) deve ser considerada revogada pelo texto constitucional. As normas relativas ao Direito da Organização Administrativa são de estatura eminentemente constitucional e servem de parâmetro para a interpretação de todas as leis pertinentes ao tema. Não havendo qualquer dispositivo constitucional que permita concluir que as fundações públicas de Direito Privado não integram a Administração, deve-se afastar essa interpretação. (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2016. p. 163)

65. Nesse ponto, tendo a FHE sido reconhecida como integrante da Administração Pública mesmo antes do regime constitucional vigente, inexistiu possibilidade de comparação com entidades que, embora criadas por leis anteriores à CR/1988, nunca integraram e até hoje refogem à Administração Pública (*i.e.* Decretos-Lei 4.048/1942, 9.403/1946, 8.621/1946, 9.853/1946).

66. Forçoso concluir, portanto, que a FHE consiste em fundação pública e, assim inserta na estrutura da Administração Pública indireta, sujeita-se a determinado conjunto de preceitos normativos de ordem pública, uma vez que mesmo as entidades públicas ditas “de direito privado” se submetem a um núcleo inarredável de injunções publicistas.

67. Resta investigar, portanto, quais preceitos sobre ela incidem, para além do art. 37 da Constituição de 1988, de forma a aquilatar o mérito do apelo relativamente a cada subitem da deliberação recorrida.

Item 9.2.1 – classificação da informação provida pela FHE

68. Considerando que o recurso em análise impugna, indistintamente, todos os subtópicos do item 9.2 do Acórdão 841/2023-Plenário (peça 296, Rel. Min. Marcos Bemquerer), conclui-se que o apelo visa a impugnar também o item 9.2.1 ali inscrito:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

9.2.1. no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhe os Termos de Classificação de Informação referentes a cada um dos documentos fornecidos a este Tribunal por meio do Ofício FHE/PRESI 18/2021 (peça 227) - Relação de Empregados da Poupex em 05/04/2021 (peça

228), Relação de Empregados da FHE e de Conselheiros da Poupeex (peça 229) e Dotação das Unidades (peça 230) - com fundamento no art. 31 do Decreto 7.724/2012;

69. Todavia, reparamos que o dispositivo transcrito: a) refere-se à classificação de documentos já juntados aos autos; e b) tenciona resguardar interesses comerciais da FHE, na eventualidade de alguma das informações neles contida apresentar natureza sigilosa.

70. Isto é, a determinação do item 9.2.1 tem por escopo acomodar os requisitos de publicidade dos autos com o grau de confidencialidade legalmente conferido à atividade “comercial, profissional ou industrial”, nos termos da art. 11, inciso III, da Resolução TCU 294/2018. Esse ato normativo, em seu art. 6º, *caput*, dispõe que as informações custodiadas pelo TCU devem “reproduzir a classificação atribuída na origem”.

71. Dessa forma, embora tenha sido exarada na forma de determinação, e embora tenha evocado o Decreto 7.724/2012 como seu fundamento, consideramos não haver sucumbência à FHE na diretiva veiculada pelo item 9.2.1 do acórdão em questão.

72. Com efeito, a classificação da informação fornecida se amolda ao conceito de ônus jurídico formulado por Miguel Reale Júnior em sua obra “Lições Preliminares de Direito”: trata-se de ato **facultado** à parte, cujos efeitos, de seu interesse, somente são eventualmente obteníveis mediante sua prática. Nesse sentido, a classificação da informação assemelha-se ao recurso: embora não haja dever de recorrer, a parte somente pode obter a revisão do decidido se o fizer.

73. De fato, caso não atendida a interpelação para classificar a informação produzida pelo jurisdicionado, a própria norma prevê a solução a se adotar:

a) caso a diligência que a tenha solicitado tenha explicitado a necessidade de classificá-la, será tornada pública, se “não classificada pelo órgão de origem” (art. 6º, par. único, da Resolução TCU 294/2018); ou

b) caso a diligência não o tenha feito, será aplicada “provisoriamente a chancela ‘Pendente de classificação’”, conforme dispõe o art. 5º, par. único, da mesma resolução.

74. No caso concreto, reparamos que as informações de que trata o item 9.2.1 foram requestadas pelo Acórdão 192/2020-Plenário (Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa), juntado à peça 206, cujo teor foi comunicado à FHE mediante o ofício de peça 207. O mencionado ofício contempla orientações quanto à classificação das informações a serem prestadas (peça 207, p. 3, item ‘d’), satisfazendo a condição da hipótese ‘a’ acima.

75. Diante do exposto, demonstrada a falta de interesse recursal quanto ao item 9.2.1 do Acórdão 841/2023-Plenário, o Ministério Público de Contas pugna por que dele não seja conhecido neste ponto específico.

76. Todavia, prudencialmente, opinamos também para que não se confira cumprimento imediato ao art. 6º, par. único, *in fine*, da Resolução TCU 249/2018, renovando-se o prazo concedido à FHE para que informe o tipo de confidencialidade associada às sobreditas peças 227 a 230.

Itens 9.2.2.1.1 e 9.2.2.1.4 – aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação

77. Prosseguindo, nota-se que a determinação seguinte se fundamenta no art. 8º, inciso IV, da LAI:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.1. adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na **internet**, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre:

9.2.2.1.1. contratações feitas, na forma do art. 8º, inciso IV, da Lei 12.527/2011;

(...)

9.2.2.1.4. rol de informações classificadas e desclassificadas, de acordo com o art. 30, incisos I e II, da Lei 12.527/2011;

78. A AudRecursos, a seu turno, acrescenta que a “conexão entre o dever de prestar contas e o princípio da transparência” (peça 371, p. 21) igualmente ampararia a determinação em tela.

79. A premissa em que se legitima o comando acima – qual seja, a aplicabilidade da LAI à FHE – é redarguida pela recorrente, sob o argumento de que a Lei 7.750/1989, via seu art. 4º, exclui a FHE “do campo de incidência das normas gerais da Administração Indireta” (peça 371, p. 21). Recordamos que a AudRecursos levanta dois argumentos em contrário a essa premissa recursal:

i) “tal artigo não deve ser interpretado isoladamente” (peça 371, p. 21), não tendo sido provido outro dispositivo legal que conduzisse a interpretação diversa da fornecida pela FHE; e

ii) o próprio art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 reitera que o art. 70, par. único, da Constituição aplica-se à FHE e, devido à referida “conexão” entre controle externo e transparência, a LAI seria aplicável à FHE.

80. Cabe examinar o argumento recursal com mais atenção, já que a unidade técnica, ao inicialmente afirmar que o artigo “não deve ser interpretado isoladamente”, em verdade nega-lhe a sua normatividade, conforme desenvolvido a seguir. Tampouco a submissão da FHE ao controle previsto no art. 70 e seguintes da Constituição nos parece conduzir à conclusão de que a LAI teria aplicação cogente à FHE.

81. Com efeito, a redação do dispositivo legal evocado pela FHE é a seguinte:

Art. 4º Ressalvadas a supervisão ministerial e as determinações do art. 70 e seu parágrafo único da Constituição Federal, à Fundação Habitacional Exército - FHE **não se aplicam outras disposições legais e regulamentares** relativas às autarquias, às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração Indireta.
(ênfase acrescentada)

82. Por evidente, o artigo transcrito não busca afastar a incidência de normas constitucionais, nem poderia fazê-lo, mas tão somente de “disposições legais e regulamentares”. Importa consignar, nesta altura, que não houve revogação da *lex specialis* acima, nem foi levantada controvérsia acerca de sua constitucionalidade durante seus 35 anos de vigência.

83. Este *Parquet* pondera que são seis as hipóteses para se afastar o Direito legislado, segundo consagrada lição de Lenio Streck:

Em suma: o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa. Explicitando isso de outra maneira, quero dizer que o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. (...)

c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. (...)

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo (...)

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.

f) quando (...) for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. (...) A aplicação [de qualquer princípio jurídico] deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo (...).

(STRECK, Lenio L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010)

84. Cotejando o Voto condutor da decisão recorrida, encontra-se rejeição a proposta da unidade técnica (à época, SecexDefesa) no sentido de que o TCU sugerisse aos legitimados a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade acerca de dispositivos da Lei 7.750/1989, entre os quais sequer se encontra o art. 4º em tela:

27. Por conseguinte, propôs seja encaminhada cópia da instrução e da deliberação a ser adotada aos órgãos legitimados para propor, perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos

termos do art. 103 da Constituição Federal c/c art. 2º, inciso I, da Lei 9.882/1999 (alínea “I” da proposta de encaminhamento).

28. Assim como o Ministério Público de Contas, discordo da avaliação efetuada pela Unidade Técnica.
(peça 297, p. 11)

85. Dessa forma, a hipótese do item ‘a’ (declaração de inconstitucionalidade) não se verifica. O mesmo vale para a hipótese ‘e’ (declaração de inconstitucionalidade com redução de texto).

86. Relativamente ao item seguinte (resolução de antinomias), notamos duplo aspecto em relação ao art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989.

87. Inicialmente, percebemos tratar-se de *lex specialis* em relação às “outras disposições legais e regulamentares relativas às autarquias, às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração Indireta”, porquanto expressamente aplicável à situação da FHE. Desse modo, para além de afastar “disposições legais e regulamentares” anteriores a si, a *lex specialis* afasta igualmente a incidência de normas posteriores, no silêncio da nova legislação.

88. É dizer: caso o legislador ordinário desejasse que novas disposições acerca da publicidade de informações se aplicassem à FHE – entidade a que, por força de *lex specialis*, “não se aplicam outras disposições legais e regulamentares relativas às (...) fundações públicas” –, bastaria ter mencionado a FHE em seu campo de aplicação ou, de forma mais drástica, incluindo o art. 4º da Lei 7.750/1989 em sua cláusula revogatória (no caso, o art. 46 da LAI).

89. A outro tempo, percebe-se que o art. 4º, par. único, da Lei 7.750/1989 é *lex posterior* relativamente à Lei 6.855/1980, inclusive no que tange aos arts. 18 e 20 daquele diploma.

90. Se o ordenamento determinava, em 1980, que “as compras, obras, serviços e alienações” da FHE “obedecerão ao disposto no Título XII do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967”, tal quadro foi profundamente revisto em 1989, já sob o pálio da Nova Constituição, quando se legislou que a “FHE não se aplicam outras disposições legais e regulamentares relativas às autarquias, às fundações públicas”, restando da Lei 6.855/1980 somente “a obrigação instituída nos arts. 16 e 17”, por força do parágrafo único do art. 4º da Lei 7.750/1989.

91. É-nos nítido que, se fosse a intenção legislativa manter a vigência dos arts. 18 e 20 da Lei 6.855/1980, teria o Parlamento acrescentado tais dispositivos ao rol de exceções encartado no parágrafo único mencionado, ao lado dos artigos salvaguardados.

92. Portanto, sob a hipótese ‘b’ (resolução de antinomia), confirma-se a vigência e eficácia do art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989.

93. A hipótese ‘c’ (interpretação conforme a Constituição com adição de sentido), como se vê de sua construção, trata do redirecionamento do conteúdo do programa normativo, de forma a adequá-lo interpretativamente ao texto constitucional.

94. No presente caso, a proposta da unidade técnica equivale à integral supressão da aplicabilidade do art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989, sem a concessão interpretativa de novo significado àquela diretiva. É dizer: a AudRecursos não propõe que a inaplicabilidade de **determinada** “disposição legal e regulamentar” à FHE seria inconstitucional (e.g. a LAI), mas sim que todas as disposições legais se aplicam à fundação, negando por completo a normatividade do dispositivo legal em apreço.

95. Passando à hipótese ‘d’ (nulidade parcial sem redução de texto), ponderamos igualmente que a nulidade que a unidade técnica pretende atribuir ao art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 é total, e não meramente parcial. Embora não se possa esvaziar o conteúdo do aludido dispositivo, mais adiante demonstraremos que o âmbito de incidência do aludido dispositivo precisa ser lido em consonância com a Constituição, porquanto inadmissível que as “disposições legais” afastadas por disposição de lei ordinária abranjam matéria sob reserva de lei complementar, sob pena de ofensa às regras de processo legislativo e à própria lógica do sistema normativo constitucional.

96. Por fim, seguindo a hipótese ‘f’ – a exigir “detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória” –, a unidade técnica busca justificar a aplicabilidade da LAI à FHE mediante sua sujeição ao controle externo (art. 4º, par. único, da Lei 7.750/1989) e, daí, ao princípio da transparência.

97. Inicialmente, o Ministério Público sublinha que o enquadramento da FHE no bojo da Administração Pública indireta, conforme demonstrado no início deste capítulo, lhe atrai a aplicabilidade do art.

37 da Constituição de 1988, cujo *caput* enumera o princípio da **publicidade** entre os mandamentos regentes dos entes estatais.

98. Assim, de fato, conclui-se que a FHE deve orientar-se pelo princípio da publicidade ali inscrito, bem assim por dispositivos constitucionais que o adensem, em especial o art. 5º, inciso XXXIII, que confere a todos o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”.

99. Quanto à relação entre os princípios da publicidade e da transparência, este último explícito em outros trechos da Lei Fundamental (arts. 145, § 3º, e 216-A, § 1º, IX), interpreta-se a doutrina como sendo “ideias complementares” (Motta, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. In: A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007).

100. Nada obstante, o *Parquet* chama atenção para a própria definição de princípio jurídico, conceito que não pode ser esgotado em um conjunto de regras ou texto de lei – e, por esse motivo, transcende os programas normativos a que proveem fundamento. Em outros termos: o princípio não se confunde com o dispositivo ou com a lei por ele inspirados, de forma que a aplicação do princípio não guarda correlação necessária com a aplicabilidade da lei.

101. Ilustrativamente, nem todas as entidades submetidas ao princípio constitucional da publicidade sujeitam-se às leis e regulamentos aplicáveis à divulgação de informações pelas instituições financeiras públicas, por exemplo, sem que com isso estejam desatendendo o princípio em tela.

102. Assim, entendemos incabível negar normatividade ao art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 com base na hipótese ‘f’ acima, não restando outro fundamento legítimo para excluir o que ali se preceitua.

103. No que importa ao presente caso, este Ministério Público chega à seguinte conclusão a partir da análise acima:

1) a FHE é fundação pública e, portanto, sujeita ao regramento **constitucional** aplicável à Administração Pública, inclusive o princípio da publicidade;

2) o princípio da publicidade não se confunde com a observância da LAI, considerada a própria definição e natureza irredutível dos princípios jurídicos;

3) embora a FHE ostente o dever jurídico-constitucional de prestar informações ao público (art. 5º, XXXIII, da Constituição), nota-se que a LAI é *lex generalis* em relação à Lei 7.750/1989, de modo que as “disposições legais e regulamentares” da LAI não ostentam aplicação cogente àquela fundação, em vista do art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989;

4) caso o legislador tencionasse submeter a FHE aos ditames da LAI, teria de o fazer expressamente, assim restringindo o alcance da *lex specialis* (art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989), ou simplesmente incluído o mencionado art. 4º entre suas cláusulas de revogação (art. 46 da LAI); e

5) a fim de atender o art. 5º, XXXIII, da Constituição, cumpre à FHE instituir prazos e procedimentos internos próprios, se ainda não o fez.

104. Em consequência, o *Parquet* opina por que o Tribunal proveja o recurso em análise no tocante aos itens 9.2.2.1.1 e 9.2.2.1.4 do Acórdão 841/2023-Plenário, suprimindo-os.

Item 9.2.2.1.2 – aplicabilidade da Lei de Responsabilidade Fiscal

105. A determinação subsequente baseia-se não apenas na LAI, como também na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF, Lei Complementar 101/2000):

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.1. adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre:

(...)

9.2.2.1.2. receitas, despesas e execução orçamentário-financeira, a teor dos arts. 48, inciso II, e 48-A da Lei Complementar 101/2000 e do art. 8º, § 1º, inciso III, da Lei 12.527/2011;

106. Quanto à aplicabilidade da LAI à FHE, já concluímos negativamente, conforme discussão atinente ao item 9.2.2.1.1 do acórdão em epígrafe.

107. Distinta, todavia, se mostra a conclusão acerca da aplicabilidade da LRF, conforme passamos a explanar.

108. Conforme já examinado, o art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 determina que não incidem sobre a FHE as “disposições legais e regulamentares” aplicáveis às demais fundações públicas, não havendo motivo reconhecido para negar-lhe normatividade (inconstitucionalidade declarada etc.).

109. Já ponderamos também que, por óbvio, não poderia a Lei 7.750/1989 decotar qualquer imposição constitucional à FHE.

110. Assim sendo, eventual antinomia entre o art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 e dispositivo de lei complementar, de que é exemplo a LRF, não passa de conflito aparente de normas. Isso porque, tendo a Constituição reservado determinada matéria a lei complementar, descaberia à legislação ordinária dela tratar, sob pena de oposição à própria Lei Fundamental. Não se trata, pois, de hierarquia entre a lei complementar e a ordinária, mas sim entre a Constituição e a legislação infraconstitucional.

111. Repisando: conclui-se que excluir a aplicação da LRF em vista de dispositivo de lei ordinária, ainda que considerada *lex specialis*, conflitaria com o dispositivo constitucional que reserva tal matéria à lei complementar – ofendendo, neste caso concreto, o art. 163 da Constituição (“Lei complementar disporá sobre:”), parcialmente regulamentado pela LRF.

112. Diante do exposto, o Ministério Público opina por que o TCU denegue o recurso de reconsideração da FHE no tocante ao item 9.2.2.1.2 do Acórdão 841/2023-Plenário.

Item 9.2.2.1.3 – aplicabilidade da Portaria Interministerial 140/2006 da CGU/MPOG

113. Na sequência, a FHE impugna o item 9.2.2.1.3, que busca amparo na Portaria Interministerial 140/2006 da CGU/MPOG:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.1. adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre:

(...)

9.2.2.1.3. diárias e passagens, nos termos do art. 15 da Portaria Interministerial 140/2006 da CGU/MPOG;

114. Consultando a ementa da referida portaria, nota-se ter sido produzida “em cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005”. Por sua vez, o referido edito, atualmente revogado pelo Decreto 11.529/2023, consistia em decreto autônomo, expressão da atribuição conferida pelo art. 84, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição.

115. Tratam, em síntese, da iniciativa chamada “Portal da Transparência” (art. 1º do Decreto 5.482/2005), associada à “página denominada Transparência Pública” (art. 2º da Portaria Interministerial CGU/MPOG 140/2006).

116. Aqui, aplicam-se considerações idênticas às lançadas quando da análise do item 9.2.2.1.1, a cuja leitura remetemos: não havendo motivo válido para afastar a aplicabilidade do art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989, impende reconhecer que à FHE “não se aplicam outras disposições legais e **regulamentares** relativas às autarquias, às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração Indireta”, excetuada a supervisão ministerial, o controle externo e, evidentemente, as normas de estatuta constitucional.

117. Dessa forma, conclui-se que a determinação do item 9.2.2.1.3 em apreço, ao contrapor portaria interministerial (calcada em decreto autônomo) a artigo de lei, incorre em inversão da hierarquia das normas.

118. Diante do exposto, o Ministério Público opina por que se proveja o recurso em tela relativamente ao item 9.2.2.1.3 do Acórdão 841/2023-Plenário, suprimindo aquela diretriz.

Item 9.2.2.1.5 – aplicabilidade da Lei 13.460/2017

119. Prosseguindo, vislumbra-se que a determinação do item 9.2.2.1.5 intenciona escorar-se tanto na LAI quanto na Lei 13.460/2017 (“Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”):

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.1. adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre:

(...)

9.2.2.1.5. relatório estatístico sobre os pedidos de acesso à informação, segundo o art. 30, inciso III, da Lei 12.527/2011 e os arts. 14, inciso II, e 15 da Lei 13.460/2017;

120. Embora não se enquadre propriamente no conceito de “serviço público” formulada pela doutrina administrativista predominante, a atividade da FHE amolda-se à definição encartada no art. 2º, inciso II, da Lei 13.460/2017 (“II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”). Isso porque, em vez de avaliar a natureza do serviço, o dispositivo legal enfoca exclusivamente a entidade prestadora.

121. De toda forma, reiteramos que o art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989, em pleno vigor, representa empecilho à aplicabilidade da Lei 13.460/2017, por se tratar de *lex specialis* relativamente à fundação. Remetemos, neste ponto, à análise desenvolvida acerca do item 9.2.2.1.1, já registrada neste parecer.

122. Diante das mesmas razões lançadas na seção referente ao item 9.2.2.1.1 da decisão recorrida, o *Parquet* opina pelo provimento da pretensão recursal no que tange ao item 9.2.2.1.5 do Acórdão 841/2023-Plenário, qual seja, a supressão da determinação ali encartada.

Item 9.2.2.1.6, 9.2.2.1.7 e 9.2.2.7.2 – aplicabilidade dos Decretos 9.727/2019 e 7.724/2012

123. As determinações dos itens 9.2.2.1.6, 9.2.2.1.7 e 9.2.2.7.2 fundamentam-se no Decreto 9.727/2019 – revogado pelo Decreto 10.758/2021, a seu turno amplamente derogado pelo Decreto 10.829/2021 – e no Decreto 7.724/2012:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.1. adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre:

(...)

9.2.2.1.6. perfil profissional desejável para ocupar os cargos de membro do conselho administrativo da FHE e da sua diretoria colegiada, além dos currículos dos ocupantes dos mencionados cargos, conforme prevê o art. 11 do Decreto 9.727/2019;

9.2.2.1.7. remuneração recebida pelos membros do conselho administrativo da FHE e da Pouplex, pelo Presidente, Vice-Presidente e Diretores da FHE e da Pouplex, por ocupantes de funções de confiança e por empregados da FHE e da Pouplex, ex vi do art. 7º, § 3º, inciso VI, do Decreto 7.724/2012;

(...)

9.2.2.7. adote medidas para promover as seguintes adequações no seu Estatuto:

(...)

9.2.2.7.2. incluir os critérios para ocupação de cargos previstos no art. 2º, inciso II, do Decreto 9.727/2019;

124. O objeto do decreto que norteou os itens 9.2.2.1.6 e 9.2.2.7.2, em essência, consiste em regulamentar “a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, conforme ementa do edito mais recente (Decreto 10.829/2021).

125. O Decreto 7.724/2012, a seu tempo, regulamenta a LAI, definindo “procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso” (art. 1º).

126. O Ministério Público conclui assistir razão à recorrente, considerando o exame realizado acerca da normatividade do art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989, tal como registrado quando da análise do item 9.2.2.1.1 do acórdão em tela.

127. Acrescentamos àquela análise o fato de que as determinações em tela superpõem decretos à lei ordinária válida, subvertendo a hierarquia das normas. Opinamos, portanto, pelo provimento do apelo no que respeita aos itens 9.2.2.1.6, 9.2.2.1.7 e 9.2.2.7.2 em apreço.

Itens 9.2.2.1.8 e 9.2.2.2 – aplicabilidade da IN TCU 84/2020

128. O item 9.2.2.1.8 do acórdão recorrido contempla determinação fundamentada na LAI e na IN TCU 84/2020, ao passo que o comando seguinte (item 9.2.2.2) ampara-se exclusivamente na aludida IN TCU 84/2020:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.1. adote as providências necessárias para corrigir as desconformidades constatadas no seu portal na internet, conforme determinado no Acórdão 1.832/2018-TCU-Plenário, passando a incluir, além do que já consta, informações sobre:

(...)

9.2.2.1.8. links para todos os relatórios e informes de fiscalização produzidos pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo controle externo relacionados à FHE e que tenham sido levados a seu conhecimento, incluindo os resultados das denúncias e representações processadas pelo TCU, com as eventuais providências adotadas em decorrência dos apontamentos da fiscalização, com respaldo no disposto no art. 7º, inciso VII, alínea "b", da Lei 12.527/2011 e no art. 9º, § 4º, da Instrução Normativa TCU 84/2020;

9.2.2.2. passe a informar no seu portal na internet as seguintes informações acerca dos empreendimentos habitacionais comercializados ou em comercialização no exercício, em atenção ao princípio da transparência e ao disposto nos arts. 3º, inciso I, e 4º, inciso X, da Instrução Normativa TCU 84/2020:

9.2.2.2.1. bairro, cidade e estado de localização de cada empreendimento;

9.2.2.2.2. custo total para erguer cada empreendimento, inclusive o valor do terreno;

9.2.2.2.3. quantidade total de unidades habitacionais do empreendimento;

9.2.2.2.4. preço médio do metro quadrado das unidades de cada empreendimento;

9.2.2.2.5. preço médio do metro quadrado dos imóveis com o mesmo número de dormitórios no mesmo bairro ou cidade, caso não haja dados referentes ao mesmo bairro do empreendimento, informando a fonte e a data das informações; e

9.2.2.2.6. identificação da unidade, pavimento (andar), número de dormitórios, área privativa e data e valor efetivo de comercialização

129. Como demonstrado acima, a LAI não é aplicável à FHE por efeito do art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 (*lex specialis*).

130. Todavia, o mesmo dispositivo sublinha, de forma redundante, que as prescrições constitucionais relativas ao controle externo se aplicam à FHE.

131. Mais especificamente, o art. 4º da Lei 7.750/1989 explicitamente se refere ao art. 70 da Constituição, o qual estipula, entre outros, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, “quanto à legalidade, legitimidade, economicidade” será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo.

132. O artigo constitucional seguinte disciplina que o controle externo “é exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União”. Para tanto, e a exemplo de outros órgãos, o TCU estrutura a forma pela qual desempenha suas atribuições mediante portarias, decisões normativas e instruções normativas, estas endereçadas aos jurisdicionados. Entre tais atos normativos externos, destacam-se as instruções normativas vocacionadas a organizar o processo de apresentação das contas, de que é exemplo a IN TCU 84/2020.

133. Concluimos, portanto, que a IN TCU 84/2020, bem assim os demais atos normativos editados pelo TCU a fim de operacionalizar seu mister constitucional, aplicam-se à FHE, no que couber às fundações públicas.

134. Todavia, a *quaestio deducta* refere-se à possibilidade de fundamentar as determinações transcritas acima na IN TCU 84/2020, uma vez que, conforme demonstrado, a LAI não encontra aplicação junto à FHE.

Nesse ponto, transcreve-se os dispositivos da IN TCU 84/2020 estampados nos itens 9.2.2.1.8 e 9.2.2.2 do acórdão vergastado:

Art. 3º A prestação de contas tem como finalidade demonstrar, de forma clara e objetiva, a boa e regular aplicação dos recursos públicos federais para atender às necessidades de informação dos cidadãos e seus representantes, dos usuários de serviços públicos e dos provedores de recursos, e dos órgãos do Poder Legislativo e de controle para fins de transparência, responsabilização e tomada de decisão, em especial para:

I - facilitar e incentivar a atuação do controle social sobre a execução do orçamento federal e proteção do patrimônio da União, nos termos previstos no § 2º do art. 74 da Constituição Federal;

(...)

Art. 4º São princípios para a elaboração e a divulgação da prestação de contas:

(...)

X - transparência: deve ser realizada a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização e a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral, independente de requerimento.

(...)

Art. 9º A prestação de contas se fará mediante:

(...)

§ 4º A seção mencionada no § 1º deverá apresentar, também, links para todos os relatórios e informes de fiscalização produzidos pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo controle externo durante o exercício financeiro, relacionados à UPC e que tenham sido levados a seu conhecimento, com as eventuais providências adotadas em decorrência dos apontamentos da fiscalização, bem como os resultados das apurações realizadas pelo TCU em processos de representação relativa ao exercício financeiro, relacionados à UPC, e as providências adotadas.

135. Como se observa acima, a determinação do item 9.2.2.1.8 é transcrição, com ajustes, do art. 9º, § 4º, da IN TCU 84/2020, encontrando aí sua plena fundamentação. Nesse ponto, e diante do exposto, não vislumbramos motivo para êxito da impugnação ao item 9.2.2.1.8, **devendo o recurso ser denegado** nesta seara.

136. Contudo, percebe-se que o item 9.2.2.2 do aresto em tela pretende veicular comando concreto e detalhado a partir de dispositivos da IN TCU 84/2020 com teor programático: enquanto o art. 3º, inciso I, versa sobre finalidade da prestação de contas – não tratando, especificamente, de portal na internet –, o art. 4º, inciso X, menciona princípio para elaboração de contas, igualmente sem detalhar forma específica de atuação.

137. Verificamos, portanto, disjunção entre a fundamentação e o teor do item 9.2.2.2 (art. 3º, I, da IN TCU 84/2020), bem assim consideramos indemonstrado que as providências ali veiculadas constituem meio necessário e suficiente para atender o referido princípio para a elaboração de contas (art. 4º, X, da mesma IN) – ponderação tradicionalmente associada ao exame de proporcionalidade *lato sensu* e, mais recentemente, adensado no art. 20, par. único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei 4.657/1942).

138. Opinamos, assim, pelo provimento do recurso atinente ao item 9.2.2.2 do Acórdão 841/2023-Plenário.

Item 9.2.2.3 – aplicabilidade dos princípios administrativo-constitucionais

139. Fundamentado nos princípios constitucionais presentes no caput do art. 37 da Constituição, o item 9.2.2.3 do acórdão recorrido é vazado nos seguintes termos:

9.2.2.3. normatize os critérios a serem observados na participação e na seleção dos interessados em adquirir os imóveis comercializados, em atendimento aos objetivos institucionais da FHE, aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e da impessoalidade, e os princípios administrativos da publicidade, razoabilidade, isonomia, igualdade e motivação dos atos administrativos;

140. Caracterizada a FHE como fundação pública, a aplicabilidade dos princípios constitucionais sobre sua atuação torna-se inconteste.

141. Na opinião técnica deste Ministério Público, a normatização dos critérios para aquisição dos imóveis comercializados é medida necessária e suficiente para concretizar os sobreditos princípios, em especial o da legalidade e o da impessoalidade. Com efeito, não se vislumbra mecanismo assecuratório da observância desses princípios sem que tais critérios sejam formalizados e disponibilizados para conhecimento público.

142. Entendemos assim, satisfeitos os requisitos do art. 20 da LINDB, uma vez que tanto as “consequências práticas da decisão” (*caput*) quanto “a necessidade e a adequação da medida imposta” (par. único) podem ser consideradas como razoáveis.

143. Nesse passo, opinamos pelo indeferimento do recurso de reconsideração em tela no que concerne ao item 9.2.2.3, a fim de preservar a determinação nos termos em que fora emitida.

Itens 9.2.2.4 e 9.2.2.5.1 – valores devidos à Poupex e dimensionamento da força de trabalho

144. Para comodidade de leitura, transcrevemos os itens 9.2.2.4 e 9.2.2.5.1 do acórdão recorrido:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército – FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

(...)

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.4. estabeleça medida objetiva, transparente e auditável de cálculo dos valores devidos à Poupex em razão da utilização de seus recursos humanos na execução das atividades da FHE, encaminhando ao TCU, ao final do prazo estabelecido, documentos que demonstrem a metodologia de cálculo adotada, bem como os resultados obtidos por meio da sua aplicação, discriminando itens de despesa e seus respectivos valores;

9.2.2.5. apresente plano de ação, contendo, no mínimo, a descrição das ações a serem adotadas, os respectivos responsáveis e prazos de implementação, com vistas a:

9.2.2.5.1. determinar a força de trabalho necessária e suficiente para exercer as competências legais, que envolvem a supervisão da Poupex (arts. 1º da Lei 6.855/1980 c/c o art. 2º da Lei 7.750/1989), o apoio social aos militares do Exército (art. 1º da Lei 7.750/1989) e as atribuições fixadas no art. 6º da pela Lei 6.855/1980;

145. Inicialmente, salientamos a competência constitucional do TCU para emitir determinações à FHE no exercício da fiscalização das entidades da Administração Pública indireta (art. 70, *caput*, c/c art. 71, *caput*, ambos da Constituição).

146. Quanto ao conteúdo das diretrizes acima, nota-se que o item 9.2.2.4 concita a FHE a produzir estimativa de determinada sorte de dispêndio realizado, deixando à fundação o desenvolvimento da citada “medida de cálculo”. O item 9.2.2.5.1, por sua vez, busca induzir a FHE a realizar providência básica de planejamento (dimensionamento do quadro de pessoal), sem, contudo, estipular metodologia específica (macroprocessos etc.).

147. Ainda que a fundamentação dos itens acima não venha explícita, reparamos que os princípios informadores da Administração Pública, máxime os da publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, *in fine*, da Constituição), amparam ambas as diretivas. Ademais, conforme se demonstrará no comentário aos itens subsequentes, os arts. 1º e 6º da Lei 6.855/1980 e 1º e 2º da Lei 7.750/1989, mencionados na determinação, permanecem vigentes.

148. Igualmente relevante, não se observa desproporcionalidade entre a determinação e o fim a que se destina. Ilustrativamente, não é plausível considerar que as medidas determinadas não contribuam para o atingimento do objetivo colimado (adequação), ou que tenham sido fixadas em intensidade além da necessária (suficiência).

149. Não havendo *error in iudicando* relativamente aos itens 9.2.2.4 e 9.2.2.5.1, o Ministério Público propugna sua manutenção, negando-se provimento ao recurso de reconsideração no pertinente às duas determinações em causa.

Itens 9.2.2.5.2, 9.2.2.5.3, 9.2.2.7.4 e 9.2.3.2 –aplicabilidade do art. 20 da Lei 6.855/1980 (concurso)

150. A fundamentação dos itens mencionados no título desta seção remete aos artigos 3º e 20 da Lei 6.855/1980, *in verbis*:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército – FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

(...)

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.5. apresente plano de ação, contendo, no mínimo, a descrição das ações a serem adotadas, os respectivos responsáveis e prazos de implementação, com vistas a:

(...)

9.2.2.5.2. realizar concurso público para provimento da estrutura de pessoal mencionada no subitem 9.2.2.5.1 acima, ainda que de modo gradual, de forma a satisfazer à exigência do **art. 20** da Lei 6.855/1980, exceto para as funções de confiança;

9.2.2.5.3. enquanto perdurar a sistemática de repasses regulares de recursos da FHE a título de reembolso de despesas de pessoal da Pouplex, assegurar que os colaboradores da Associação sejam recrutados mediante processo seletivo, de modo a garantir a observância do princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal; (...)

9.2.2.7. adote medidas para promover as seguintes adequações no seu Estatuto:

(...)

9.2.2.7.4. ao **art. 20** da Lei 6.855/1980, segundo o qual a contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE será feita por concurso público, nos termos do subitem 9.2.2.5.2 acima, exceto para as funções de confiança;

(...)

9.2.3. no prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

(...)

9.2.3.2. realize o primeiro concurso público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 acima;

151. A análise da matéria, portanto, recai sobre a relação entre a Lei 7.750/1989 e a Lei 6.855/1980, já adiantada no Voto que acompanhou a deliberação recorrida (peça 297, p. 18):

72. Como assinalado no item 30 *supra*, mesmo após a edição da Lei 7.750/1989, foi preservada a força cogente dos dispositivos específicos da Lei 6.855/1980 destinados ao Sistema FHE/Pouplex, dado que tal diploma legal não foi ab-rogado.

152. Mais especificamente, cumpre averiguar em que extensão ocorreu revogação da lei antiga pela mais recente. Nesse campo, é insuficiente a regra geral de que a *lex posterior* revoga a anterior somente naquilo em que com ela colidir, porquanto o art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 afasta da FHE a aplicação de “outras disposições legais e regulamentares relativas (...) às fundações públicas”, aí se incluindo a própria Lei 6.855/1980. Em suma, pode haver temas versados na Lei 6.855/1980 que, mesmo não tendo sido tratados posteriormente pela Lei 7.750/1989, perderam validade por força do art. 4º, *caput*, do novo diploma.

153. Tomado isoladamente, o referido art. 4º, *caput*, aparentemente abrangeria a totalidade dos preceitos contidos da Lei 6.855/1980, salvo pela “obrigação instituída nos arts. 16 e 17 da Lei 6.855, de 18 de novembro de 1980”, ressalvados em seu parágrafo único. Essa interpretação, entretanto, é paradoxal e não pode vicejar. Os artigos iniciais da Lei 6.855/1980 tratam da constituição da FHE (**arts. 1º a 4º**), seus objetivos (arts. 6º e 7º) etc., não podendo ser considerados revogados, sob pena de lançar a fundação em vácuo jurídico.

154. A própria ementa e o art. 1º da Lei 7.750/1989 proclamam a **ampliação** das atividades da FHE, de modo que os dispositivos da Lei 6.855/1980 que disso tratam subentendem-se igualmente preservados.

155. Já com relação a “obrigações”, a Lei 7.750/1989 é expressa a resguardar apenas dois artigos da Lei 6.855/1980, a saber, os arts. 16 e 17. Não havendo capítulo ou seção da Lei 6.855/1980 que aglutine as obrigações da FHE, e faltando à lei posterior maiores esclarecimentos sobre o tema, resta-nos inferir o sentido do termo a partir das menções realizadas pelo próprio legislador.

156. Lê-se nos artigos da Lei 6.855/1980 cuja vigência o legislador houve por bem preservar de forma expressa:

Art 16. A prestação de contas da administração da Fundação Habitacional do Exército - FHE é submetida ao Ministério do Exército que, com o seu pronunciamento e os documentos previstos no art. 42 do Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, a enviará ao Tribunal de Contas da União.

Art 17. A Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX e os agentes promotores de que trata o inciso I do art. 6º prestarão contas à Fundação Habitacional do Exército - FHE, quanto

à aplicação dos recursos que esta lhes conceder, sem prejuízo da competência específica do Banco Nacional da Habitação.

157. O tema, portanto, consiste na sistemática de prestação de contas do “sistema FHE-Poupex”. Dessume-se, assim, que o legislador se referiu por “obrigações” aos deveres legais da FHE, de que também são exemplos as “compras, obras, serviços e alienações da Fundação” (art. 18 da Lei 6.855/1980), bem assim a “contratação de empregados pela Fundação” (art. 20 da mesma lei). Ambos os temas exemplificados deixaram de ser mencionados no bojo do art. 4º, par. único, da Lei 7.750/1989, que os excepcionaria da revogação.

158. Em virtude do exposto, o *Parquet* conclui que tais dispositivos (arts. 18 e 20 da Lei 6.855/1980) não mais vigem, tendo sido revogados por *lex posteriori* com presunção de validade.

159. Nada obstante, no momento de publicação da Lei 7.750/1989, já vigoravam os incisos I e II do art. 37 da Lei Fundamental, cuja redação era originalmente a seguinte:

Art. 37. A administração pública direta, **indireta ou fundacional**, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II - a investidura em cargo ou **emprego público** depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(grifamos)

160. Recordando-se que a FHE já se encontrava indubitavelmente inserida na Administração Pública naquele momento (revogação do Decreto-Lei 900/1969 pelo Decreto-Lei 2.299/1986), conclui-se que o dever jurídico de realização de concurso público não deflui mais do art. 20 da Lei 6.855/1980, mas sim diretamente do próprio texto constitucional.

161. *In obiter*, ponderamos que o dever de realização de concurso público não se vincula à administração ou não de recursos públicos pela entidade pública (e, por conseguinte, ao pagamento dos empregados com recursos públicos ou não), e sim pelo pertencimento da entidade à estrutura da Administração Pública, conforme determina o *caput* do art. 37 da Constituição. O motivo para tanto exsurge no inciso I daquele dispositivo constitucional: a isonomia no acesso a tais cargos.

162. Nesse panorama, o Ministério Público opina pelo desprovimento do pedido recursal de obliteração dos itens 9.2.2.5.2 e 9.2.2.7.4. do Acórdão 841/2023-Plenário.

163. Quanto ao pedido alternativo do item 5.3 do expediente recursal (peça 340, p. 24), entendemos que a questão se relaciona à eventual aplicabilidade à FHE da Lei 8.112/1990, a qual “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, bem como à possibilidade de compartilhamento de pessoal entre a FHE e a Poupex, em aderência ao tratamento dado pela legislação trabalhista ao grupo econômico, extraído do art. 2º, §§ 2º e 3º do Decreto-Lei 5.452/1943, ou Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e da Súmula 129 da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

164. Para comodidade, segue a transcrição do pedido alternativo:

5.3) Alternativamente, requer-se que essa E. Corte possibilite à FHE que elabore de [sic] plano de ação, em prazo não inferior a 180 (cento e oitenta) dias, que disciplinará regras próprias relacionadas ao processo seletivo de pessoal do sistema FHE POUPEX, permitindo-se que a contratação passe a ser conjunta para ambas entidades, considerando-as, para efeito trabalhista, como grupo econômico, segundo as regras a serem estabelecidas pela FHE, sempre contemplando os princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal;

165. Embora sejam-lhe inafastáveis as normas irradiadas diretamente pela Constituição (*e.g.* dever de realização de concurso público), vê-se que o art. 4º, par. único, da Lei 7.750/1989 exige a FHE da incidência de disposições legais endereçadas às autarquias, às fundações públicas e aos demais órgãos e entidades da Administração indireta. Ademais, por constituir-se a FHE em fundação pública de direito privado, a ela não se aplica o regime estatutário da Lei 8.112/1990, inerente ao regime preponderantemente público, próprio das pessoas jurídicas ditas de direito público.

166. Como bem esclarece, em sede doutrinária, o Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, às fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, como é o caso da FHE, somente não são

aplicáveis as normas privatistas “quando forem expressamente derogadas pela Constituição Federal” (Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2016. p. 162)

167. Quanto à intenção de compartilhamento de pessoal entre a FHE e a Poupex, em vista de suposta comunhão de interesses entre as entidades e da alegada sinergia e eficiência que a prática possibilitaria, a atrair o tratamento jurídico dado ao grupo econômico no direito do trabalho, não vislumbramos, *a priori*, óbice jurídico à referida estratégia, desde que adotada de forma devidamente motivada e, como bem pontuado pela recorrente, em observância aos princípios constitucionais da Administração Pública, inscritos no *caput* do art. 37 da Lei Fundamental.

168. Importante esclarecer que o compartilhamento de pessoal entre entidades que demonstrem interesse integrado ou efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta (art. 2º, § 3º, da CLT) não implica a coexistência de mais de um contrato de trabalho, nos termos da Súmula 129 do TST, mas a solidariedade dos tomadores do serviço pelas obrigações decorrentes da relação de emprego (art. 2º, § 2º, da CLT).

169. Inobstante a legislação e a aludida súmula referir-se a “empresa” e “grupo econômico”, em aderência ao conceito estrito de empregador do art. 2º da CLT (empregador-empresa), o referido tratamento legislativo/jurisprudencial se estende aos empregadores em sentido amplo (ou “equiparados”, nos criticados termos do art. 2º, § 1º, da CLT), não se restringindo às empresas propriamente ditas. É o que se observa na jurisprudência do TST (e.g. TST-AIRR-636/2004-026-05-40.3 e TST-AIRR-6-83.2011.5.06.0016).

170. Inclusive, tal tratamento foi especificamente considerado aplicável ao “sistema FHE-Poupex” pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em precedente qualificado no qual preponderaram as considerações da Exmª Des. Revisora Elk Doris Just, assim transcritas no Voto condutor do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 582-91.2013.5.10.0017:

Uma vez configurada a inter-relação entre as reclamadas, pode o empregado prestar serviço a todos os integrantes do conglomerado, sem que sejam configurados vários vínculos empregatícios. Aplica-se, por analogia, o entendimento já pacificado no Eg. TST, conforme se infere da Súmula 129 que trata do grupo econômico empresarial:

"CONTRATO DE TRABALHO.GRUPPO ECONÔMICO. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário". O importante é salientar que o próprio estatuto da POUPEX, em seu artigo 44, prevê a possibilidade desta prestar serviços à Fundação:

"Art. 44. A POUPEX fica autorizada a prestar serviços a FHE e ao Comando do Exército."

171. A integração do regime jurídico empregatício com a principiologia constitucional da Administração Pública impõe a adoção de um regime jurídico híbrido, como bem identifica o Subprocurador Lucas Rocha Furtado, impondo a observância da “legislação trabalhista prevista na CLT, com eventuais derrogações definidas pela Constituição Federal ou por outras leis extravagantes”:

Não obstante observem o regime jurídico trabalhista aplicável ao setor privado, os empregados públicos devem se submeter ao concurso público; não possuem estabilidade no emprego – direito reservado aos servidores ocupantes dos cargos públicos efetivos –, mas não podem ser demitidos sem que haja processo administrativo em que sejam indicadas as razões da demissão e assegurado o contraditório e a ampla defesa.

(FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2016. p. 779)

172. Sobre o assunto Furtado acrescenta:

Afirmar que a demissão dos empregados pressupõe processo administrativo e a indicação das razões da demissão não importa em que ela somente possa ocorrer com justa causa. Poderão ser demitidos sem justa causa, desde que haja a devida motivação.

(FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2016. p. 779)

173. Por outro lado, o pretendido compartilhamento de pessoal, entre FHE e Poupex, significa a inescusável contaminação do regime jurídico de contratação e gestão de pessoal desta última pela mesma principiologia regente dos vínculos trabalhistas da FHE – por sua condição de fundação pública de direito privado e parte integrante da Administração Pública indireta –, inclusive no que tange à obrigatoriedade de se realizar processo seletivo público e impessoal de contratação, em aderência ao art. 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição da Federal.

174. Daí porque igualmente adequada a determinação constante do item 9.2.2.5.3, que impõe que, enquanto perdurar a utilização, pela FHE, da força de trabalho da Pouplex, o recrutamento desta última também deverá se dar por meio de processo seletivo público e impessoal, em consonância com os princípios do supramencionado art. 37, *caput*.

175. Diante dessas considerações, o *Parquet* opina pelo acolhimento parcial do pedido alternativo mencionado acima (item 5.3 - peça 340, p. 24), relativo ao item 9.2.2.5.2, propondo que sua redação seja ajustada em vista do discorrido acima:

Onde se lê:

9.2.2.5.2. realizar concurso público para provimento da estrutura de pessoal mencionada no subitem 9.2.2.5.1 acima, ainda que de modo gradual, de forma a satisfazer à exigência do art. 20 da Lei 6.855/1980, exceto para as funções de confiança

Leia-se:

9.2.2.5.2. elaborar regras próprias relacionadas ao processo seletivo de pessoal da FHE (ou do denominado Sistema FHE-Pouplex), se já não o fez, em atenção ao art. 37, incisos I e II, da Constituição, contemplando os princípios expressos no *caput* daquele dispositivo, em especial a publicidade e a impessoalidade;

176. Quanto ao item 9.2.2.5.3, entendemos assistir razão à unidade técnica ao prescrever a sua manutenção, de modo que opinamos pela denegação do recurso de reconsideração no que tange à aludida determinação.

177. Quanto ao item 9.2.2.7.4, igualmente opinamos pelo indeferimento da pretensão recursal – mas, não obstante, identificamos a necessidade de pontual ajuste na fundamentação da determinação:

Onde se lê:

9.2.2.7.4. ao art. 20 da Lei 6.855/1980, segundo o qual a contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE será feita por concurso público, nos termos do subitem 9.2.2.5.2 acima, exceto para as funções de confiança;

Leia-se:

9.2.2.7.4. ao art. 37, incisos I e II, da Constituição, em virtude do qual a contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE deve ser feita por concurso público, nos termos do subitem 9.2.2.5.2 acima, exceto para as funções de confiança;

178. Conforme sublinhado no Voto que precedeu a deliberação adversada (peça 297, pp. 18-19), convém que a FHE primeiramente dimensione a força de trabalho necessária para o desempenho de suas atribuições (item 9.2.2.5.1 do acórdão) para que possa, logo em seguida, realizar concurso público com número de vagas adequado àquele dimensionamento:

77. Nesse caso, mostra-se adequada a determinação para que a FHE apresente plano de ação com vistas, primeiramente, a determinar a força de trabalho necessária e suficiente para exercer as competências que lhe foram atribuídas pela sua lei de criação (...)

78. Uma vez dimensionada a sua própria força de trabalho, as competências e o perfil desejável dos seus empregados, caberá à FHE detalhar, no mesmo plano de ação, as providências necessárias para a realização de concurso público, ainda que de modo gradual, de forma a satisfazer à exigência do art. 20 da Lei 6.855/1980 [*rectius*: do art. 37, I e II, da Constituição], exceto para as funções de confiança

179. Assim, privilegiando a lógica e as boas práticas referidas no excerto acima – realização de concurso somente após definição do perfil e estimativa do quadro de pessoal necessário –, entendemos que a determinação do item 9.2.3.2 deve suceder a do item 9.2.2.5.1, convindo não lhe especificar prazo autônomo, e sim atrelado à da determinação precedente. Assim, opinamos por que se altere a redação do item 9.2.3.2 da seguinte maneira:

Onde se lê:

9.2.3. no prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

(...)

9.2.3.2. realize o primeiro concurso público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 acima;

Leia-se:

9.2.3-A: no prazo de 180 (dias) dias a contar do cumprimento do item 9.2.2.5.1 acima, realize o primeiro concurso público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 acima;

Item 9.2.2.6 – aplicabilidade do Decreto 7.203/2010

180. O amparo legal para a determinação do item 9.2.2.6 vem expressa como sendo o Decreto 7.203/2010, o qual “dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal”:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército – FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

(...)

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

(...)

9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possível nepotismo na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no disposto pelos arts. 3º, § 1º, 5º, parágrafo único, e 6º, inciso I, do Decreto 7.203/2010;

181. Novamente, a fundamentação aventada (Decreto 7.203/2010) esbarra em *lex specialis* a dispor que à FHE “não se aplicam outras disposições legais e regulamentares relativas (...) às fundações públicas” (art. 4º, par. único, da Lei 7.750/1989). Não serve o decreto, pois, como supedâneo da determinação em comento.

182. O caso apresenta, entretanto, particularidade comentada com propriedade pela AudRecursos em sua instrução de mérito (peça 371, pp. 38-41 – grifamos):

11.16. A Súmula Vinculante 13 do STF, disciplina *in verbis*:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício em cargo em comissão ou de confiança, ou ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal. (grifo nosso)

(...)

11.20. Do voto deste julgado extrai-se que o embasamento para o posicionamento adotado foi o conteúdo principiológico do caput, do artigo 37, da Constituição Federal.

11.21. Assim, a questão crucial que aqui se revela é a desobediência aos ditames constitucionais, a que, inquestionavelmente está submetida a FHE.

11.22. Antes mesmo da edição do Decreto 7.203/2010 o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, no RE 579.951-4, concluiu que **a vedação ao nepotismo não exigia a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal** (Pj. 20-8-2008, DJE 202 de 24-10-2008, Tema 66).

183. Pouco há em que complementar a análise da AudRecursos transcrita acima, salvo por menção à Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.094 (Rel. Min. Edson Fachin, j. 27/9/2019, p. 15/10/2019), cuja ementa enuncia que:

A vedação ao nepotismo na Administração Pública decorre diretamente da Constituição Federal e sua aplicação deve ser imediata e verticalizada. Viola os princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia diploma legal que excepciona da vedação ao nepotismo os servidores que estivessem no exercício do cargo no momento de sua edição.

184. Comungando das conclusões da unidade técnica – máxime quanto à assertiva de que “a questão crucial que aqui se revela é a desobediência aos ditames constitucionais” (peça 371, p. 39) –, propugnamos pelo indeferimento do apelo neste ponto, cominado a singelo ajuste no fundamento da determinação a ser mantida, qual seja:

Onde se lê:

9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possível nepotismo na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no disposto pelos arts. 3º, § 1º, 5º, parágrafo único, e 6º, inciso I, do Decreto 7.203/2010;

Leia-se:

9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possível nepotismo na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no Enunciado de Súmula Vinculante nº 13 do STF;

Itens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1 – aplicabilidade do art. 3º da Lei 6.855/1980

185. A fundamentação dos itens mencionados no título desta seção remete ao artigo 3º da Lei 6.855/1980, *in verbis*:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército – FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

(...)

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

(...)

9.2.2.7. adote medidas para promover as seguintes adequações no seu Estatuto:

9.2.2.7.1. ao **art. 3º** da Lei 6.855/1980, que não permite a designação das mesmas pessoas para o exercício de função gerencial na Fundação Habitacional do Exército e na Associação de Poupança e Empréstimo - Poupex e prevê a remuneração dos gestores cedidos para a gestão da Associação com base na tabela da Fundação;

(...)

9.2.2.8. adote medidas para promover as seguintes adequações no Estatuto da Poupex:

9.2.2.8.1. torná-lo compatível com o **art. 3º** da Lei 6.855/1980, que não permite a designação das mesmas pessoas para o exercício de função gerencial nas duas entidades e prevê que os dirigentes cedidos para a Poupex sejam remunerados com base na tabela da FHE;

186. Novamente, a análise da matéria recai sobre a relação entre a Lei 7.750/1989 e a Lei 6.855/1980 – ou, mais especificamente, em que extensão ocorre revogação desta por aquela. Remetendo à leitura da análise desenvolvida quanto aos [itens 9.2.2.5.2, 9.2.2.7.4 e 9.2.3.2](#), ponderamos que os artigos iniciais da Lei 6.855/1980 tratam da constituição da FHE (arts. 1º a 4º) e seus objetivos (arts. 6º e 7º), não podendo ser considerados revogados sem engendrar verdadeiro limbo jurídico para a entidade.

187. Concluiu-se, portanto, que a vigência do art. 3º da Lei 6.855/1980 restou inabalada pela edição da Lei 7.750/1980. Cabe, todavia, reexaminar se o sobredito dispositivo provê adequado fundamento para a determinação inquinada. Nesse sentido, cabe transcrevê-lo:

Art 3º Os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX serão cedidos e designados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração.

188. Recapitulando brevemente a discussão, recordamos que na fase de conhecimento o Ministério Público (peça 295, p. 4) assim se posicionou:

(...) não vislumbramos no texto do art. 3º da Lei n.º 6.855/1980 vedação da designação das mesmas pessoas para o exercício de função gerencial na FHE e na POUPEX, como aduzido pela Unidade Técnica. Citado dispositivo se limita a estabelecer que “os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo - POUPEX serão cedidos e designados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração”.

31. A propósito, cabe transcrever o art. 30 do atual Estatuto da FHE, aprovado pela Portaria do Comandante do Exército n.º 986/2020, que versa sobre a matéria:

“Art. 30. Os dirigentes da FHE que acumularem funções na APE/POUPEX serão remunerados pelo exercício de cada uma das atividades, percebendo remuneração independente de cada pessoa jurídica.

Parágrafo único. A FHE regulará a remuneração paga pela APE/POUPEX aos seus dirigentes, conforme o previsto no art. 3º da Lei n.º 6.855/1980, sendo tal remuneração aprovada pelo CA/POUPEX, devendo informar os respectivos valores ao Comandante do Exército”.

32. Isto posto, com as vênias de estilo, não endossamos a adoção da providência consignada na alínea e.3 da proposta da Unidade Técnica, tampouco a expedição da

determinação constante da alínea c.9.2 (Peça 291, p. 49) e a medida alvitada na alínea h (Peça 291, p. 51).

189. O Voto condutor da decisão recorrida (peça 297, p. 14-15), todavia, discordou do entendimento acima, alinhando-se à proposta da unidade técnica no sentido de adotar as determinações em comento (itens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1):

46. Assiste razão à SecexDefesa ao afirmar que a identidade entre Presidente, Vice-Presidente e Diretores da FHE e da Poupex, prevista no Estatuto da Associação, e que a participação obrigatória dos membros do Conselho Administrativo da FHE no Conselho Administrativo da Poupex, prevista no estatuto da FHE, inviabiliza a segregação de funções entre as duas entidades, inviabilizando a supervisão que a primeira deve exercer sobre a segunda, nos termos do art. 2º da Lei 7.750/1990.

47. Além do princípio da segregação de funções, outro fator que determina a distinção dos corpos diretivos da FHE e da Poupex é o art. 3º da Lei 6.855/1980, que alude ao instituto da cessão:

“Art. 3º Os administradores da Associação de Poupança e Empréstimo – Poupex serão cedidos e designados pela Fundação Habitacional do Exército – FHE e pagos com base em sua tabela de remuneração.”

48. Sendo a cessão um instituto típico do direito administrativo, valho-me das disposições da Lei 8.112/1990 para destacar que esse mecanismo implica, para o órgão cedente, a perda da disponibilidade do colaborador cedido, o qual passa a ter exercício no órgão cessionário, como denota o art. 93 da Lei 8.112/1990:

“Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:

I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

II - em casos previstos em leis específicas.

§ 1º Na hipótese do inciso I, sendo a cessão para órgãos ou entidades dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária, mantido o ônus para o cedente nos demais casos.

§ 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem.”

49. Sabe-se que a lei não contém palavras inúteis. Se o art. 3º da Lei 6.855/1980 quisesse permitir o exercício simultâneo, pelo mesmo agente, de encargos nas duas entidades, não haveria necessidade de aludir à cessão, bastaria referir-se à designação.

50. Assim, mostra-se adequada a medida contemplada na parte inicial da alínea “c.9.2” da proposta de encaminhamento da SecexDefesa, no sentido de que cabe à FHE compatibilizar o estatuto da Poupex ao art. 3º da Lei 6.855/1989, que não admite o exercício simultâneo de funções diretivas na Fundação e na Associação, e promover, também, a necessária distinção dos ocupantes da Presidência, da Vice-Presidência e do Conselho de Administração das duas entidades, com base no princípio da segregação de funções.

190. Volvendo à análise da pretensão recursal, consideramos oportuno esclarecer que o tema não trata de acumulação remunerada de cargos públicos (art. 37, inciso XVI, da Constituição), porquanto a Poupex é entidade privada, alheia à estrutura da Administração Pública.

191. Resta averiguar, portanto, se a participação dos cedidos e designados pela FHE na Poupex amolda-se ou assemelha-se a que situação abaixo:

a) cessão de servidor público “para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios”, conforme art. 93 da Lei 8.112/1990, conforme fundamentou o Voto condutor do acórdão recorrido;

b) indicação de servidor público para atuar como administrador, ou seja, membro do Conselho de Administração ou da Diretoria da empresa estatal (“entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à União”), conforme definidos no art. 2º, incisos I e VII, da Lei 8.945/2016), nos termos do art. 28, § 6º, da Lei 8.945/2016);

c) participação de servidor público “na composição de conselho ou diretoria de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (art. 4º, par. único, da Lei 9.790/1999).

d) indicação de agente público para composição de Conselho de Administração ou Diretoria de entidade privada, portanto alheia à estrutura da Administração Pública, como nos exemplos da Embraer, Companhia Vale do Rio Doce, e Instituto de Resseguros do Brasil (IRB Brasil).

192. Com as vênias devidas ao respeitável posicionamento que norteou o Acórdão 841/2023-Plenário, o determinado em seus itens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1 não encontra fundamento na Lei 8.112/1990 por dois motivos capitais. Primeiramente, porque, conforme aqui já consignado, a Lei 8.112/1990 não se aplica à FHE e, ainda menos, à Pouplex.

193. Em segundo lugar, e de forma mais relevante, o conceito e a hipótese tratados na Lei 8.112/1990 referem-se expressamente à situação de exercício de servidor público “em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios”, jamais em entidade particular.

194. Dessa forma, renovando as licenças à decisão recorrida, entendemos que o raciocínio que conduziu ao acolhimento da proposta da unidade técnica (ponto ‘a’ acima), culminando na prolação dos itens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1, demanda ulterior investigação, já que refoge à hipótese da Lei 8.112/1990 (cessão de servidores entre órgãos públicos).

195. A situação em epígrafe tampouco se amolda à do ponto ‘b’ especulada acima, uma vez que a Pouplex não se enquadra na definição de empresa estatal. Vê-se, em seu estatuto (peça 239, arts. 11 a 16), que são os associados da Pouplex que detêm o capital votante, na razão “do volume total de seus depósitos na Poupança POUPEX pelo valor da Unidade Padrão de Capital (UPC)” (art. 15 do Estatuto da Pouplex).

196. A integralidade ou mesmo a maioria do capital votante, portanto, não pertence a entidade pública, descaracterizando a entidade como “empresa estatal”. Descarta-se, portanto, a hipótese levantada no ponto ‘b’.

197. A Lei 9.790/1999, objeto da ADI 1923, facultou a participação de servidor público “na composição de conselho ou diretoria de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - Oscip (ponto ‘c’), nos termos ali especificados. Considerando a atividade econômica exercida pela Pouplex, infere-se a impossibilidade de alçar-se à condição de Oscip, inviabilizando o enquadramento da situação em análise aos ditames daquela lei.

198. Por fim, concluímos que o art. 3º da Lei 6.855/1980, inobstante a nomenclatura atécnica empregada (bastante anterior, inclusive, à definição provida pela Lei 8.112/1990) trata de indicação de agente público (servidor da FHE) para atuar como administrador de entidade privada (ponto ‘d’) sem prejuízo de suas atribuições – e, conseqüentemente, de sua remuneração.

199. A situação não é inédita, sendo encontrados exemplos nos casos da Companhia Vale do Rio Doce, Eletrobras, Instituto de Resseguros do Brasil (IRB Brasil) e Embraer. Entendemos que os exemplos providos não são perfeitos, porquanto nos casos citados a União ou entidade da Administração Pública indireta realiza tais indicações por força de sua participação acionária, proporcionalmente ou por meio de *golden share*, e não em virtude de expresse comando legal, como é o caso da relação entre a FHE e a Pouplex. O art. 3º da Lei 6.855/1980 milita, portanto, como pontualíssima limitação de escopo do art. 59 do Código Civil, aplicável exclusivamente à Pouplex.

200. Nada obstante a imperfeição dos exemplos encontrados, e descartadas as demais hipóteses exploradas, conclui-se que a situação que melhor descreve o teor do art. 3º da Lei 6.855/1980 é a do ponto ‘d’ acima, não havendo, portanto, óbice a que os servidores públicos da FHE acumulem emprego privado na Pouplex, na ausência de disposição legal em contrário.

201. Diante do exposto, *permissa venia*, opinamos pelo deferimento do recurso de reconsideração no que respeita aos itens 9.2.2.7.1 e 9.2.2.8.1, decretando-se sua insubsistência.

Item 9.2.2.7.3 – Indicação de membros para o Conselho de Administração da FHE

202. O item 9.2.2.7.3 do aresto determina à FHE que adote as seguintes medidas:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército – FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

(...)

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

(...)

9.2.2.7. adote medidas para promover as seguintes adequações no seu Estatuto:

(...)

9.2.2.7.3. excluir a previsão de indicação, por parte da Diretoria Colegiada, de membros para o Conselho de Administração da entidade, visando a eliminar o risco potencial de conflito de interesse e de violação ao princípio da segregação de funções;

203. A referida previsão, inquinada pelo acórdão, encontra-se no art. 6º, inciso VI, do Estatuto da FHE (peça 237, p. 3):

CAPÍTULO V DA COMPOSIÇÃO

Seção I

Do Conselho de Administração

Art. 6º O Conselho de Administração (CA)/FHE é um órgão colegiado da administração superior com a seguinte composição:

(...)

VI - dois integrantes, civis ou militares da reserva remunerada do Exército Brasileiro, indicados pela DICOL/FHE [Diretoria Colegiada] ao Comandante do Exército.

§ 1º Os integrantes referidos no inciso VI deverão ser associados da APE/POUPEX.

204. A preocupação externada no dispositivo do acórdão recorrido (“eliminar potencial conflito de interesse”) advém do consabido fato de que, **segundo as regras gerais aplicáveis às sociedades empresárias**, ao Conselho de Administração compete “eleger e destituir os diretores da companhia” e “fiscalizar a gestão dos diretores” (art. 142, incisos II e III, da Lei 6.404/1976), além de manifestar-se sobre as contas da diretoria (inciso V do mesmo dispositivo).

205. Entretanto, no âmbito da FHE, a nomeação e, conseqüentemente, a destituição do presidente e dos diretores da FHE assistem por lei específica ao Presidente da República (art. 5º da Lei 6.855/1980), havendo notícia de delegação ao Comandante do Exército (via Decreto s/n, de 24/5/1994, cf. parecer de peça 295, p. 2). Já a fiscalização da gestão é exercida concorrentemente pelo Ministério da Defesa e pelo TCU (art. 4º, par. único, da Lei 7.750/1989 c/c art. 16 da Lei 6.855/1989).

206. Ademais, ponderamos nessa altura que: a) consoante o art. 138 da Lei 6.404/1976, o conselho de administração é órgão **facultativo** para sociedades anônimas de capital fechado, não havendo previsão expressa de sua existência nas Leis 6.855/1980 e 7.750/1989; b) a Diretoria da FHE indica, conforme o dispositivo transcrito, somente dois dos sete conselheiros, ensejando pouco risco de que sejam determinantes para o alcance de posições majoritárias; c) há várias regras, espalhadas pelo estatuto da FHE, tendentes a evitar o conflito de interesses dividido.

207. Diante do exposto, e com as vênias devidas à unidade técnica, o Ministério Público opina por que se proveja o recurso no ponto arguido, convertendo-se a determinação do item 9.2.2.7.3 em recomendação.

Item 9.2.2.8.2 – Indicação de membros para o Conselho de Administração da Pouplex

208. O item 9.2.2.8.2 da decisão recorrida contempla o seguinte teor:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

(...)

9.2.2. no prazo de 90 (noventa) dias:

(...)

9.2.2.8. adote medidas para promover as seguintes adequações no Estatuto da Pouplex:

(...)

9.2.2.8.2. excluir a previsão de indicação, por parte da Diretoria Colegiada, de membros para o Conselho de Administração da entidade, visando a eliminar o risco potencial de conflito de interesse e por violar os princípios da impessoalidade e da segregação de funções;

209. A determinação funda-se no art. 1º, § 5º, da Lei 6.855/1980, o qual disciplina que o estatuto da Pouplex “será elaborado pela Fundação Habitacional do Exército - FHE e aprovado pelo Banco Nacional da Habitação”.

210. O Estatuto da Pouplex encartado à peça 239, p. 5, não mais vige, porquanto a Resolução do Conselho de Administração 47/2023, de 21/11/2023, instituiu novo regimento, disponível no sítio <https://www.poupex.com.br/institucional/quem-somos/>. Esse novo Estatuto da Pouplex assim prevê:

Art. 17. O CA/POUPEX [Conselho de Administração] é um órgão colegiado da administração superior com a seguinte composição:

- I – um oficial-general do Exército Brasileiro do último posto (general-de-exército), na inatividade
- II – o Presidente da POUPEX;
- III – um representante do Banco do Brasil S/A;
- IV – um oficial-general da reserva remunerada do Exército Brasileiro; e
- V - dois integrantes, militares da reserva remunerada do Exército ou civis, indicados pela Diretoria Colegiada da FHE ao Comandante do Exército.

§ 1º Os membros previstos nos incisos de II a V **são os mesmos do CA da FHE.** (grifamos)

211. A exemplo do item comentado na seção imediatamente anterior deste parecer, a preocupação externada no item 9.2.2.8.2 (“eliminar o risco potencial de conflito de interesse”) advém do consabido fato de que, **segundo as regras gerais aplicáveis às sociedades empresárias**, ao Conselho de Administração compete “eleger e destituir os diretores da companhia” e “fiscalizar a gestão dos diretores” (art. 142, incisos II e III, da Lei 6.404/1976), além de manifestar-se sobre as contas da diretoria (inciso V do mesmo dispositivo).

212. Entretanto, conforme já pontuado, no âmbito da FHE, a nomeação e, consequentemente, a destituição do presidente e dos diretores da FHE assistem por lei específica ao Presidente da República (art. 5º da Lei 6.855/1980), havendo notícia de delegação ao Comandante do Exército (via Decreto s/n, de 24/5/1994, cf. parecer de peça 295, p. 2). Já a fiscalização da gestão é exercida concorrentemente pelo Ministério da Defesa e pelo TCU (art. 4º, par. único, da Lei 7.750/1989 c/c art. 16 da Lei 6.855/1989).

213. Ademais, ponderamos nessa altura que: a) consoante o art. 138 da Lei 6.404/1976, o conselho de administração é órgão **facultativo** para sociedades anônimas de capital fechado, não havendo previsão expressa de sua existência nas Leis 6.855/1980 e 7.750/1989; b) a Diretoria da FHE indica, conforme o dispositivo transcrito, somente dois dos seis conselheiros da Pouplex, não assegurando à diretoria da FHE o automático alcance de posições majoritárias; c) existem outras regras, espreiadas pelo estatuto da Pouplex, tendentes a evitar o conflito de interesses divisado.

214. Assim, aplicáveis razões análogas às expendidas na seção anterior deste pronunciamento, e com as vênias devidas à unidade técnica, o Ministério Público opina por que se proveja o recurso no ponto arguido, convertendo-se a determinação do item 9.2.2.8.2 em recomendação.

Item 9.2.3.1 – Licitações

215. Por fim, a determinação do item 9.2.3.1 se ampara nos seguintes dispositivos: “o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o art. 18 da Lei 6.855/1980, o art. 2º da Lei 8.666/1993 e os arts. 2º e 191 da Lei 14.133/2021”:

9.2. determinar à Fundação Habitacional do Exército - FHE que, com fundamento no art. 4º, incisos I e II, da Resolução TCU 315/2020, adote as providências abaixo discriminadas, em prazos contados da ciência desta deliberação:

(...)

9.2.3. no prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

9.2.3.1. regularize os contratos de prestação de serviços e o fornecimento de bens de seu interesse celebrados sem a realização do devido processo licitatório, em especial os serviços de tecnologia intermediados ou prestados atualmente pela Pouplex, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o art. 18 da Lei 6.855/1980, o art. 2º da Lei 8.666/1993 e os arts. 2º e 191 da Lei 14.133/2021, abstendo-se de incidir em novas situações que não se conformem aos citados preceitos normativos;

216. Embora indubitável a incidência à FHE das normas constitucionais relativas à Administração Pública (a exemplo do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, a seguir transcrito), cumpre investigar o sentido e alcance do dispositivo evocado na decisão recorrida:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(grifamos)

217. Realçando o aposto circunstancial com que o Constituinte inicia o dispositivo acima, a ementa do julgamento da ADI 6.313 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 28/8/2023, p. 4/9/2023) registra: “Por expressa autorização constitucional, o dever de licitar comporta exceções especificadas na legislação ordinária (art. 37, XXI, da CF)”.

218. Crucial avaliar, neste ponto, se o art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 inscreve validamente a FHE entre os casos ressalvados pela legislação, hipótese de que trata o art. 37, XXI, da Constituição. Em outros termos, impende avaliar se o dispositivo constitucional em apreço confere ao legislador ordinário margem de conformação suficiente a excepcionar a totalidade das aquisições realizadas por determinada entidade pública.

219. A nosso sentir, as hipóteses que eventualmente limitam o poder de ressalva conferido pelo art. 37, inciso XXI, em tela são os encontráveis na própria Constituição, mormente: o princípio republicano; os princípios expressos no *caput* do art. 37 da Carta, mormente o da eficiência; o princípio da economicidade (art. 70, *caput*, da Constituição); e os princípios implícitos aplicáveis.

220. A relação entre o princípio da economicidade e o dever de licitar é assim comentada pelo Subprocurador-Geral Paulo Bugarin (O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: ed. Fórum, pp. 116-117):

Assim, segundo o referido autor [Marçal Justen Filho], “quando se afirma que a licitação destina-se a selecionar a melhor proposta, impõe-se o dever de escolher segundo o princípio da economicidade”.

A explícita referência ao postulado da eficiência, inserido no *caput* do art. 37 da CF/88 em virtude da EC nº 19/98, também mereceu a atenção do Prof. Justen Filho. Entende aquele autor que a economicidade “significa, ainda mais, o dever de eficiência” e que, neste cenário, “não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos”. Em síntese, conclui que a “economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos”.

De fato, a estreita correlação entre economicidade e eficiência é destacada por inúmeros doutrinadores. Em regra, o que se vê é uma abordagem inversa, ou seja, ao tratarem da eficiência a relacionam direta e complementarmente à economicidade.

No plano doutrinário brasileiro, a inserção expressa do princípio da eficiência no Texto Constitucional é vista como “uma tentativa de ajuste do texto do art. 37 com o disposto no art. 70, quando este determina que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta levará em conta a economicidade.

Interessante observar que Lúcia Valle Figueiredo, antes mesmo da edição da multicitada EC nº 19/98, já vislumbrava uma “nítida correlação” dos arts. 37 e 70 com todo o corpo da Constituição.

Bento Bugarin, neste plano, entende que o conceito de eficiência se faz equivalente ao de **economicidade** na medida em que **expressa a racionalidade com que é feita a seleção** e alocação dos recursos econômicos aos processos produtivos.

(grifamos)

221. Nessa altura podemos concluir que, considerado o arcabouço constitucional descrito, toda entidade pública (inclusa a FHE) ostenta o dever jurídico de selecionar racionalmente a proposta mais vantajosa em suas aquisições, com ampla publicidade e de forma impessoal, independentemente do fato de gerenciar recursos públicos ou não, com as ressalvas intraespecíficas de que a legislação dispuser.

222. Tal “dever geral” de buscar a melhor proposta advém diretamente do princípio republicano e dos demais princípios constitucionais, máxime o da economicidade. Por imperativo lógico, tal dever não pode prescindir da sistematização de processo de aferição da proposta mais vantajosa – qualquer que seja a terminologia adotada para a “racionalidade com que é feita a seleção” –, sem o qual não se pode assegurar que a escolha recaia de fato sobre a proposta mais vantajosa.

223. Em síntese, não é razoável interpretar o art. 37, inciso XXI, da Constituição, como autorizador de que determinada parcela da Administração Pública (órgão ou entidade) **sistematicamente, i.e. para toda e qualquer de suas aquisições**, deixe de buscar no mercado as propostas mais vantajosas, abandonando por completo tal preocupação. As hipóteses a serem ressalvadas pelo legislador, destarte, devem preservar o caráter de excepcionalidade – sob pena de frustrar, no mínimo, os princípios da isonomia e da equidade entre os administrados, consoante nos recorda Joel de Meneses Nielbuhr (*apud* BUGARIN, Paulo, op. cit., p. 118).

224. Assim, concluímos que a FHE é jungida pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição, a realizar procedimento público, impessoal, racional e sistemático – ali chamado “procedimento licitatório” – para nortear suas aquisições de forma comprovadamente vantajosa.

225. Quanto aos característicos desse processo, caberia examinar se à fundação aplicar-se-ia a Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos – atualmente, a Lei 14.113/2021. Diante do exposto anteriormente neste parecer quando da análise do item 9.2.2.1.1 do acórdão recorrido, conclui-se que o art. 4º, *caput*, da Lei 7.750/1989 exclui a FHE do âmbito de incidência dessa legislação ordinária. Ou seja, em coerência com a análise anterior, concluímos que o art. 18 da Lei 6.855/1980, o art. 2º da Lei 8.666/1993 e os arts. 2º e 191 da Lei 14.133/2021 restam inaplicáveis à FHE, por força da *lex specialis* mencionada.

226. A solução, a nosso sentir, reside na prístina redação do art. 18 da Lei 6.855/1980 (revogado), a instituir o dever da FHE de seguir as normas gerais de licitação “enquanto não forem aprovadas normas próprias”.

227. É dizer, as contratações de que trata o item 9.2.3.1 do acórdão recorrido devem aderência ao art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, nos termos de regulamento a ser elaborado especificamente para as aquisições e contratações da entidade. Comentamos, ainda, que solução dessa natureza – *i.e.* regulamento próprio, alinhado aos princípios administrativo-constitucionais – não é inédito no espaço tangente à Administração indireta, conforme se observa do art. 14 da Lei 9.790/1999, Lei 13.303/2016, conselhos de fiscalização profissional etc.

228. O mesmo vale para eventuais contratações conjuntas da FHE e da Poupex ou para contratações realizadas por esta última, mas cujos objetos, serviços ou aquisições, serão usufruídos por ambas as entidades. Impõe-se à Poupex, em tais circunstâncias, submeter-se ao mesmo influxo de direito público que recai sobre o regime de contratação da FHE, por força do art. 37, inciso XXI, da Constituição, como forma de prevenir que o relacionamento entre as entidades sirva de inadmissível escape à referida regra constitucional.

229. Nesse passo, opinamos pelo provimento parcial do apelo relativo ao ponto em apreço, modificando-se a redação do item 9.2.3.1 na forma seguinte:

Onde se lê:

9.2.3.1. regularize os contratos de prestação de serviços e o fornecimento de bens de seu interesse celebrados sem a realização do devido processo licitatório, em especial os serviços de tecnologia intermediados ou prestados atualmente pela Poupex, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o art. 18 da Lei 6.855/1980, o art. 2º da Lei 8.666/1993 e os arts. 2º e 191 da Lei 14.133/2021, abstendo-se de incidir em novas situações que não se conformem aos citados preceitos normativos;

Leia-se:

9.2.3.1. regularize os contratos de prestação de serviços e o fornecimento de bens de seu interesse celebrados sem a realização do devido processo licitatório, em especial os serviços de tecnologia intermediados ou prestados atualmente pela Poupex, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, nos termos do regulamento próprio elaborado para aquisições e contratações a entidade;

V – Considerações adicionais da recorrente (peça 377)

230. Em 8/2/2024, a FHE fez juntar à peça 377 suas considerações acerca da instrução de mérito da AudRecursos. O citado expediente retoma os argumentos recursais e aprofunda questões relacionadas ao “fim social” da fundação e à fonte exclusivamente privada de seus recursos – questões que foram novamente enfrentadas nesta fase recursal.

231. Sobre as considerações de peça 377, registramos apenas que, já tendo sido examinadas as questões ali presentes, sempre que cabíveis para o exame das determinações inquinadas, entendemos desnecessário restituir os autos à unidade técnica *a quo* para reanálise.

232. Por fim, conforme demonstrado com a análise acima, consideramos que determinadas discussões se revelaram predominantemente metajurídicas (*e.g.* vantagem ou desvantagem econômica da aquisição de imóveis do Exército mediante permuta; relevância, sucesso e longevidade da associação de poupança e empréstimo) e, em última instância, prescindíveis para o deslinde técnico da controvérsia em causa.

VI – Considerações finais do Ministério Público de Contas

233. Conforme adiantado na introdução, o detalhamento heterogêneo que o texto constitucional confere a diversas questões apreciadas neste processo de contas (publicidade das informações, controle externo, concursos, licitações etc.), aliado à opção legislativa expressa na Lei 7.750/1989, conduz-nos a reconhecer a particularidade do arcabouço jurídico incidente sobre a FHE.

234. Afora a expressa previsão legal, pode-se argumentar que as particularidades assim atribuídas à FHE não encontram embasamento principiológico de fácil discernimento, representando o que Dworkin denominou de “*checkerboard solution*”, situação usualmente derivada de “*internal compromises*” legislativos¹.

235. Tais arranjos, embora compatíveis com os valores de “*fairness, justice and procedural due process*”, usualmente não se harmonizam a ideais de integridade na adjudicação jurídica, motivo pelo qual podem suscitar inquietações, estas solucionáveis apenas no plano legislativo ou, eventualmente, do *judicial review* (controle de constitucionalidade). Essa solução – *i.e.* encaminhamento aos legitimados à propositura do controle direto – foi aventada pela unidade técnica no estágio de conhecimento deste feito, tendo sido rechaçada em parecer do *Parquet* (peça 295) e no Voto condutor do Acórdão 841/2023-Plenário (peça 297), solução da qual não divergimos, em prestígio ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e em deferência ao espaço de conformação e densificação normativa infraconstitucional do ordenamento jurídico, atribuído ao legislador.

236. Por fim, recordamos haver pedido de sustentação oral por parte da recorrente (peça 340, p. 26). O Ministério Público não se opõe a seu provimento, uma vez que o pedido satisfaz os quesitos do art. 168 do Regimento Interno do TCU.

VII – Proposta de encaminhamento

237. Diante dos argumentos esposados neste pronunciamento, o Ministério Público dissente parcialmente da AudRecursos (peça 371), opinando, em acréscimo, por que se defira o pedido de sustentação oral formulado pela FHE (peça 340, p. 26). Nesse sentido, sugerimos ao Colegiado que delibere no sentido de:

I. não conhecer do recurso de reconsideração (peças 340-343 e 349) interposto pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) no atinente aos itens 9.2.1 (classificação de informações) e 9.3 (recomendação) do Acórdão 841/2023-Plenário (peça 296), por falta de interesse recursal; e, quanto à determinação encartada no item 9.2.1, renovar o prazo concedido à FHE para que informe o tipo de confidencialidade associada às peças 227 a 230;

II. conhecer do recurso de reconsideração quanto aos demais pontos do item 9.2 do Acórdão 841/2023-Plenário;

III. no mérito, julgar:

- a) quanto ao item 9.2.2.1.1, procedente o recurso, suprimindo o referido item;
- b) quanto ao item 9.2.2.1.2, **improcedente** o recurso, mantendo-o incólume;
- c) quanto ao item 9.2.2.1.3, procedente o recurso, suprimindo o referido item;
- d) quanto ao item 9.2.2.1.4, procedente o recurso, suprimindo o referido item;
- e) quanto ao item 9.2.2.1.5, procedente o recurso, suprimindo o referido item;
- f) quanto ao item 9.2.2.1.6, procedente o recurso, suprimindo o referido item;
- g) quanto ao item 9.2.2.1.7, procedente o recurso, suprimindo o referido item;
- h) quanto ao item 9.2.2.1.8, **improcedente** o recurso, mantendo-o incólume;
- i) quanto ao item 9.2.2.2, procedente o recurso, suprimindo o referido item;
- j) quanto ao item 9.2.2.3, **improcedente** o recurso, mantendo-o incólume;
- k) quanto ao item 9.2.2.4, **improcedente** o recurso, mantendo-o incólume;
- l) quanto ao item 9.2.2.5.1, **improcedente** o recurso, mantendo-o incólume;
- m) quanto ao item 9.2.2.5.2, parcialmente procedente o pedido recursal alternativo, conferindo

nova redação à determinação:

Onde se lê:

9.2.2.5.2. realizar concurso público para provimento da estrutura de pessoal mencionada no subitem 9.2.2.5.1 acima, ainda que de modo gradual, de forma a satisfazer à exigência do art. 20 da Lei 6.855/1980, exceto para as funções de confiança;

Leia-se:

¹ Todas as citações desta seção em Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Hart Publishing: Oxford, 2012. pp. 179 e ss.

9.2.2.5.2. elaborar regras próprias relacionadas ao processo seletivo de pessoal da FHE (ou do denominado Sistema FHE-Poupex), se já não o fez, em atenção ao art. 37, incisos I e II, da Constituição, contemplando os princípios expressos no *caput* daquele dispositivo, em especial a publicidade e a impessoalidade;

n) quanto ao item 9.2.2.5.3, **improcedente** o recurso, mantendo-o incólume;

o) quanto ao item 9.2.2.6, **improcedente** o recurso, ajustando *ex officio* a fundamentação ali

contida:

Onde se lê:

9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possível nepotismo na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no disposto pelos arts. 3º, § 1º, 5º, parágrafo único, e 6º, inciso I, do Decreto 7.203/2010;

Leia-se:

9.2.2.6. adote as providências cabíveis em face da ocorrência de possível nepotismo na FHE, em decorrência da constatação das relações de parentesco entre empregados que nela laboram com dirigentes da Fundação ou agentes do Ministério da Defesa ou dos Comandos Militares, identificadas na tabela contida à peça 247 deste processo, com base no Enunciado de Súmula Vinculante nº 13 do STF;

p) quanto ao item 9.2.2.7.1, procedente o recurso, suprimindo o referido item;

q) quanto ao item 9.2.2.7.2, procedente o recurso, suprimindo o referido item;

r) quanto ao item 9.2.2.7.3, procedente o recurso, convertendo a determinação ali contida em

recomendação;

s) quanto ao item 9.2.2.7.4, **improcedente** o recurso, ajustando *ex officio* a fundamentação ali

contida:

Onde se lê:

9.2.2.7.4. ao art. 20 da Lei 6.855/1980, segundo o qual a contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE será feita por concurso público, nos termos do subitem 9.2.2.5.2 acima, exceto para as funções de confiança;

Leia-se:

9.2.2.7.4. ao art. 37, incisos I e II, da Constituição, em virtude do qual a contratação de empregados pela Fundação Habitacional do Exército - FHE deve ser feita por concurso público, nos termos do subitem 9.2.2.5.2 acima, exceto para as funções de confiança;

t) quanto ao item 9.2.2.8.1, procedente o recurso, suprimindo o referido item;

u) quanto ao item 9.2.2.8.2, procedente o recurso, convertendo a determinação ali contida em

recomendação;

v) quanto ao item 9.2.3.1, parcialmente procedente o recurso, conferindo nova redação à

determinação:

Onde se lê:

9.2.3.1. regularize os contratos de prestação de serviços e o fornecimento de bens de seu interesse celebrados sem a realização do devido processo licitatório, em especial os serviços de tecnologia intermediados ou prestados atualmente pela Poupex, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o art. 18 da Lei 6.855/1980, o art. 2º da Lei 8.666/1993 e os arts. 2º e 191 da Lei 14.133/2021, abstendo-se de incidir em novas situações que não se conformem aos citados preceitos normativos;

Leia-se:

9.2.3.1. regularize os contratos de prestação de serviços e o fornecimento de bens de seu interesse celebrados sem a realização do devido processo licitatório, em especial os serviços de tecnologia intermediados ou prestados atualmente pela Poupex, conforme o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, nos termos do regulamento próprio elaborado para aquisições e contratações a entidade;

x) quanto ao item 9.2.3.2, **improcedente** o recurso, ajustando *ex officio* sua redação para que o prazo para realização do concurso se inicie a partir da conclusão do perfil profissional e do dimensionamento do quadro de pessoal:

Onde se lê:

9.2.3. no prazo de 180 (cento e oitenta) dias:

(....)

9.2.3.2. realize o primeiro concurso público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 acima;

Leia-se:

9.2.3-A: no prazo de 180 (dias) dias **a contar do cumprimento do item 9.2.2.5.1** acima, realize o primeiro concurso público de que trata o subitem 9.2.2.5.2 acima;

4. Estando o processo concluso em meu gabinete, a Fundação Habitacional do Exército FHE fez juntar aos autos a petição inominada de Peça 379, acompanhada do documento de Peça 380, alegando trazer à baila fato superveniente que entende importante ao julgamento do Recurso de Reconsideração. Informa que o Acórdão recorrido teria sido encaminhado ao Banco Central do Brasil (BCB) e, com efeito, o BCB direcionou apontamento à POUPEX para que fossem adotadas providências no sentido de segregar os membros do Conselho de Administração e da Diretoria da POUPEX dos gestores da FHE e que, em resposta ao apontamento, a POUPEX apresentou os mesmos fundamentos do Recurso de Reconsideração da FHE em face do Acórdão 841/2023, sendo que, em 22/8/2024, o BCB considerou procedentes as manifestações apresentadas pela POUPEX, esclarecendo que “[...] a alteração do modelo de governança poderia comprometer a estabilidade nas relações institucionais entre a FHE e a POUPEX, desfazendo o Sistema, gerando grave repercussão econômica [...]”, cf. documentos anexos (Peça 380).

5. Assegura que o entendimento do BCB importa ao conhecimento desta Corte e, somado ao entendimento MPTCU, agregaria no julgamento do Recurso de Reconsideração para que seja considerado válido o atual modelo de governança do Sistema FHE POUPEX, com o compartilhamento da mesma Diretoria pelas entidades. [...]”.

É o Relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

TERMO DE CIÊNCIA DE COMUNICAÇÃO

(Documento gerado automaticamente pela Plataforma Conecta-TCU)

Comunicação: Aviso 000.185/2026-GABPRES

Processo: 033.766/2018-5

Órgão/entidade: CD - Comissão de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC)

Destinatário: COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E CONTROLE - CD

Informo ter tomado ciência, nesta data, da comunicação acima indicada dirigida à/ao COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E CONTROLE - CD pelo Tribunal de Contas da União, por meio da plataforma Conecta-TCU.

Data da ciência: 13/03/2026

(Assinado eletronicamente)

STEFANIA SERZANINK

Usuário habilitado a receber e a acessar comunicações pela plataforma Conecta-TCU.