

FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO REGIDA POR NORMAS DE DIREITO PÚBLICO: ANÁLISE DO MS 32.703/DF

FOUNDATION OF PRIVATE LAW GOVERNED BY RULES OF PUBLIC LAW: ANALYSIS OF JUDGMENT RENDERED IN MS (WRIT OF MANDAMUS) 32,703/DF

PEDRO FLÁVIO CARDOSO LUCENA

Advogado. Especialista em Direito Tributário (IBET). Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP).
Doutorando em Direito Administrativo (PUC-SP).
pedro@cardosolucenaadv.com

Recebido em: 14.05.2018
Aprovado em: 24.06.2018

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O presente artigo realiza análise acerca do julgado MS 32.703/DF, que determinou a necessidade de submissão da Fundação Banco do Brasil ao regime jurídico de direito público, isso quando da realização de repasse de verbas de natureza pública a terceiros. A investigação toma como objeto o tema dos limites de incidência de normas de direito público em pessoas jurídicas de direito privado, levando em consideração, para tanto, o assunto das fundações estatais de direito privado, bem como as teses de *abuso das formas jurídicas* e *contrafações administrativas* – ambos os casos, absolutamente, meios fraudulentos de alcance de fins no sistema jurídico de direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de economia mista – Fundações privadas – Regime jurídico de direito público – Abuso das formas jurídicas – Contrafação administrativa.

ABSTRACT: This article analyzes MS (writ of mandamus) 32,703/DF, which determined the need for the submission of the "Fundação Banco do Brasil" to the legal regime of public law, when passing on financial resources from a public nature to other people. The subject of the investigation was the subject matter of limits on the incidence of public law rules in legal entities governed by private law, taking into account the subject of state foundations under private law, as well as the thesis of abuse of legal forms and thesis of administrative fraudulent distortions – both cases, absolutely, fraudulent means of reaching ends in the legal system of Brazilian law.

KEYWORDS: State-owned enterprises – Private Foundations – Legal regime of public law – Abuse of legal forms – Administrative fraudulent distortions.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Voto relator. III. Voto divergente. IV. Análise crítica do julgado. IV.I. Considerações críticas do julgado. IV.II. Observações finais. Referências.

I. INTRODUÇÃO

A jurisprudência em análise¹ decorre de agravo regimental em mandado de segurança, cujo objeto discutiu a possibilidade de incidência do regime jurídico de direito público em uma fundação caracterizada por apresentar natureza jurídica de direito privado. Em outros termos, no referente ao Mandado de Segurança 32.703/DF, são analisados os limites da aplicabilidade das normas de direito público na Fundação Banco do Brasil, pessoa jurídica de direito privado, que recebe recursos oriundos do Banco do Brasil – uma sociedade de economia mista integrante da Administração Pública indireta – para atingimento de suas finalidades.

O julgamento do recurso supracitado foi realizado na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Dias Toffoli e participação dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Edson Fachin – ausente o Ministro Celso de Mello, mediante justificativa. As partes processuais são compostas pela Fundação Banco do Brasil em polo agravante, bem como o Tribunal de Contas da União e a União Federal em polo agravado.

II. VOTO RELATOR

Conforme suscitado, a análise do recurso ficou sob a responsabilidade do Ministro Dias Toffoli, que iniciou o julgamento do agravo regimental trazendo

1. Ementa: Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Fundação Banco do Brasil. Repasse de recursos de natureza pública a terceiros. Submissão aos ditames da Administração Pública. Agravo regimental do qual se conhece e ao qual se nega provimento.

1. A Fundação Banco do Brasil é pessoa jurídica de direito privado que recebe recursos públicos oriundos do Banco do Brasil – entidade integrante da Administração Pública indireta – para a persecução de sua finalidade, devendo, portanto, submeter-se aos princípios da gestão pública intitulados no art. 37, *caput*, da CF/1988 quando do repasse de tais verbas de natureza pública a terceiros. Precedentes.

2. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.

3. Agravo regimental do qual se conhece e ao qual se nega provimento.

Em estudo recente, que se desenvolve sob a tutela de Ricardo Marcondes Martins, resgata-se o objeto de pesquisa denominado “contrafação administrativa”. Esta ocorre quando “se emprega um *conceito* no direito administrativo *equivocadamente* e, ao fazê-lo, invoca-se, consciente ou inconscientemente, um regime jurídico incompatível com a situação qualificada pelo conceito”⁵. Em outros termos, a contrafação administrativa é uma fraude em que se emprega determinado conceito jurídico em uma circunstância incompatível com seu regime normativo.

De fato, a Fundação Banco do Brasil foi instituída em 1986, ou seja, é anterior à vigência da Constituição Federal do Brasil de 1988, e realiza atividades eminentemente privadas com ausência de função peculiar e exclusiva da administração estatal. Por tais motivos, no MS 24.427/DF, o STF determinou a impossibilidade de qualificá-la como entidade da Administração indireta. Entretanto, ao que parece, o desenvolvimento da Fundação Banco do Brasil se dá, quase que exclusivamente, mediante aportes financeiros do banco e uma genuína fundação de direito privado, constituída mediante os termos do Código Civil, não permanece dependente de seu instituidor.

Por conseguinte, diante de sua instituição por meio de uma sociedade de economia mista e, ainda, de sua extrema dependência de verbas estatais, não seria absurdo raciocinar a Fundação Banco do Brasil como uma fundação estatal de direito privado. Independentemente do rótulo, temos como certo o entendimento de incidência do regime jurídico de direito público, nos mesmos termos anteriormente delineados.

No Brasil, o combate à corrupção passa, indubitavelmente, pela minuciosa análise dos institutos e das operações jurídicas realizadas dentro de nosso ordenamento, posto que, em muitos casos, por meio do abuso de formas, realizam-se contrafações administrativas com o intuito de forjar, verdadeiramente camuflar, situações jurídicas ilícitas. Tais circunstâncias são desmascaradas mediante a

público possa escapar à incidência de regras legais administrativas? De outro lado, o interesse supostamente ‘distinto da sociedade’ (empresa pública) não é justamente o Estado? Trata-se, portanto, de uma simulação jurídica o que ocorre na personalização privada de um serviço público, seja ele administrativo, industrial ou comercial. Em última análise, estamos diante de um problema que diz respeito à teoria do abuso das formas jurídicas em direito, que é vedado pacificamente” (MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 267).

- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr.-jun. 2016. p. 118.

descoberta dos regimes jurídicos que sobre elas devem incidir, portanto, resta absolutamente evidente a importância do estudo do tema que se pôs em pesquisa na presente análise.

REFERÊNCIAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr.-jun. 2016.
- MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As fundações públicas e o novo código civil, de Alexandre Santos de Aragão – RT815/739-754 e *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 3/747-766 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 6/341-360 (DTR\2003\467); e
- Fundação de direito privado que atua no campo da divulgação de informações e comunicação social, de Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues – RT818/75-92 e *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 2/989-1010 (DTR\2003\622).