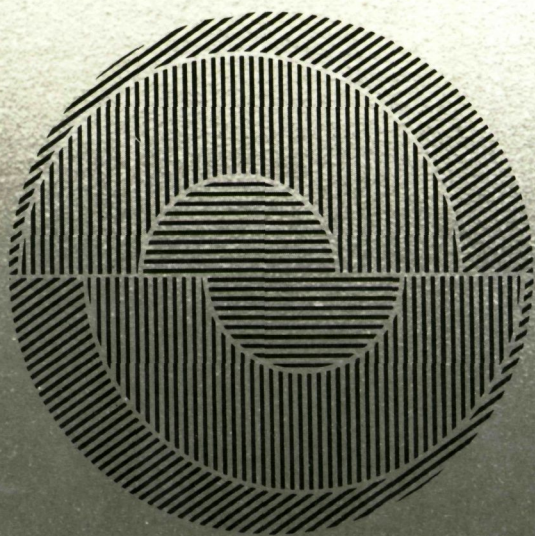


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1991

ANO 28 • NÚMERO 110

# Fundações Privadas Instituídas pelo Poder Público

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo

Assunto extremamente polêmico, que vem suscitando as maiores controvérsias, é a questão da natureza jurídica ou, melhor dizendo, do regime jurídico das fundações instituídas pelo Poder Público.

Em que medida estariam tais entidades sujeitas aos princípios do art. 37 da Constituição Federal? Seus servidores são ou não são abrangidos pelo regime jurídico único previsto no art. 39? A proibição de acumular cargos, empregos e funções aplica-se a todas elas? Estão elas obrigadas a observar o princípio da licitação? Quais fundações estão sujeitas ao controle externo exercido através dos Tribunais de Contas?

Esta última indagação provocou uma atitude deveras interessante por parte do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, preocupado em não deixar escapar ao seu controle um grande número de fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, mas revestidas da forma de direito privado, expediu as Instruções n.º 3/89 (publicadas no DOE de 21-7-89), com o seguinte teor:

“O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento no inciso XVIII do art. 20 da Lei n.º 10.319, de 16 de dezembro de 1968, no art. 14 da Lei n.º 10.320, de 16 de dezembro de 1968, e no art. 32 da Constituição do Estado, expede as seguintes instruções:

I — as fundações tidas como privadas, que se enquadram nas condições abaixo descritas, deverão observar as disposições contidas nas Instruções 2/85, que dispõem sobre a fiscalização financeira e sobre o julgamento das contas das fundações mantidas pela administração direta ou indireta do Estado e nas Ins-

truções 1/77, na parte concernente às fundações instituídas pelo Órgão Público Municipal:

a) tenham sido criadas ou sejam mantidas por pessoas da Administração Indireta do Estado ou por Órgão Público Municipal;

b) estejam sob a suspensão ou sob o controle das pessoas acima mencionadas, ou de seus delegados;

c) sejam administradas por funcionários ou servidores públicos de quaisquer pessoas da Administração Indireta do Estado ou de Órgão Público Municipal;

d) estejam localizadas em imóveis públicos ou destinado ao serviço público;

e) recebam recursos financeiros da Administração Direta ou Indireta do Estado ou de Órgão Público Municipal;

f) ajustem, regularmente, convênios ou contratos com a Administração Direta ou Indireta do Estado ou Órgão Público Municipal;

g) não consigam cumprir suas metas estatutárias sem os recursos financeiros recebidos da Administração Direta, Indireta do Estado ou de Órgão Público Municipal ou sem com elas firmar convênios ou contratos;

II — as presentes Instruções entrarão em vigor a 10 de agosto de 1989”.

A atitude da Corte Estadual de Contas indica que, para esse elevado órgão de controle, as fundações enquadráveis nas situações acima referidas são fundações públicas, disfarçadas de fundações privadas.

Está correta a atitude do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo? Todas as fundações instituídas pelo Poder Público são públicas? Existem fundações criadas pelo Poder Público imunes à ação do Tribunal de Contas?

Para que se possa responder às indagações acima formuladas é preciso percorrer um caminho que parte do conceito de fundação esposado pelo Código Civil Brasileiro, passa pelo exame da legislação referente à organização administrativa, examina as opiniões da doutrina sobre o tema, e, finalmente, chega aos textos constitucionais atualmente em vigor.

O Código Civil, em seu art. 16, classifica as fundações como espécies do gênero “pessoas jurídicas de direito privado”. Mais adiante, nos arts. 24 e seguintes, cuida da forma de criação de fundações, qual seja, mediante escritura pública, registrada no competente Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, na qual o instituidor (ou instituidores) especificará os

bens que integram o fundo, sua destinação específica, e a maneira como deve ser feita a administração.

O Código Civil não oferece um conceito de fundação, mas do conjunto de seus dispositivos pode-se concluir que, em síntese, a fundação é um patrimônio personalizado e afetado a um fim.

SILVIO RODRIGUES (*Direito Civil*, Parte Geral, vol. 1, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1962, págs. 99 e 100), assim enfoca a questão:

“Fundação é uma organização que gira em torno de um patrimônio. É um patrimônio destinado a um fim determinado, e ao qual a lei, cumpridos certos requisitos, atribui personalidade, ou seja, capacidade para ter a titularidade de direitos.

Trata-se, portanto, de uma universalidade de bens, *universitas bonorum*, a que a lei atribui personalidade jurídica. Ora, tal asserção deve, naturalmente, provocar alguma perplexidade, porque os bens, via de regra, são objetos de direito, e não sujeitos de direitos. Se o direito tem por escopo proteger os interesses humanos, é de um certo modo ilógico imaginar-se a atribuição de personalidade a um acervo de bens. Todavia, a objeção pode ser contornada se considerarmos que, embora a fundação consista num patrimônio, a sua instituição almeja atingir a satisfação de algum interesse humano.”

A passagem supratranscrita mostra que a fundação deve realizar interesses que são estipulados pelo seu instituidor, pelo antigo dono dos bens que formam o fundo. Portanto, a *origem dos bens* é de fundamental importância para o estudo das fundações.

Sendo o instituidor uma pessoa física ou jurídica privada, a finalidade da fundação poderá ser puramente privada, como também poderá ter relevante interesse para a coletividade.

Adianta-se, porém, desde já, que se o instituidor for uma entidade pública, a finalidade da fundação somente poderá ser de interesse público.

MARIA HELENA DINIZ (“Curso de Direito Civil Brasileiro”, 1.º volume, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1987, pág. 115) destaca, com muita propriedade, ao se referir ao fim estipulado pelo instituidor, que o objetivo da fundação é imutável e que, em decorrência disso, os órgãos diretivos da fundação são servientes, pois suas decisões estão sempre delimitadas pela vontade originária do instituidor.

Para que essa vontade seja fielmente observada, inclusive para evitar que a má gestão do fundo possa redundar na violação maior, total e definitiva, da vontade do instituidor, o Código Civil estipula, em seu art. 26, o seguinte:

“Art. 26. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.”

Cabe apenas registrar que o Código Civil cuida precipuamente de relações jurídicas entre particulares e, assim, nada estipulou no tocante a fundações instituídas pelo poder público.

Entretanto, num passado recente, quando a Administração Pública, procurando atuar com maior agilidade e maior eficácia, foi buscar no direito privado algumas formas organizacionais, tomou de empréstimo, também, a figura jurídica da fundação.

No direito administrativo brasileiro, porém, o tratamento dispensado às fundações sofreu profundas influências do momento histórico então vigente. Vivia o Brasil tempos de ditadura disfarçada. De uso de poderes absolutos ou quase absolutos, graças a um controle pífio, cúmplice ou comprometido. Nesse panorama, o conceito de fundação foi manipulado para que se pudesse utilizar recursos públicos sem os rigores do orçamento e da fiscalização financeira e orçamentária.

Criaram-se fundações que de fundações só tinham o nome, pois o fundo inicial era absolutamente insuficiente para assegurar a realização das finalidades alegadas no ato de instituição, levando a que tais entidades não fossem apenas *criadas*, mas, sim, também *mantidas* pelo poder público.

As alterações sofridas ao longo do tempo pela legislação federal no tocante às fundações governamentais são bastante significativas.

Em 25 de fevereiro de 1967, foi editado o famoso Decreto-Lei n.º 200, dispondo, de maneira global e integrada, sobre a estrutura e a organização da Administração Federal. Em seu art. 4.º ele dizia, em sua redação original, que a Administração Federal compreendia a Administração Direta e a Administração Indireta, sendo esta última integrada por três espécies de entidades: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Entretanto, o parágrafo 2.º desse mesmo artigo assim estipulava:

“Parágrafo 2.º — Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal, quaisquer que sejam suas finalidades.”

Tal parágrafo, todavia, foi expressamente revogado pelo art. 8.º do Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, o qual, em seu art. 3.º, estabeleceu o seguinte:

“Art. 3.º — Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

A modificação feita pode ser facilmente explicada. Na redação original, a “equiparação” às empresas públicas poderia ensejar problemas de

acumulação de cargos e de controle pelo Tribunal de Contas. Ao afirmar que as fundações não integravam a Administração Indireta, tais problemas foram resolvidos, de maneira bastante simples, quase mágica.

As fundações ficavam sob controle apenas do Poder Executivo (supervisão ministerial) não obstante fossem uma forma de gestão de bens e serviços públicos. Pedindo-se especial vênia para o uso de uma expressão popular, pode-se dizer que, em síntese, a horta ficou sob a guarda do cabrito.

No curso do processo de redemocratização do País, em 21 de novembro de 1986 foi editado o Decreto-Lei n.º 2.299, que restaurou o parágrafo 2.º do Decreto-Lei n.º 200/67, mas com a seguinte redação:

“Parágrafo 2.º — As fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram também a administração federal indireta, para os efeitos de:

a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira;

b) inclusão de seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei n.º 5.645, de 10 de dezembro de 1970.”

Coerentemente com essa orientação, o anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, em seu art. 6.º, estipula que a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades: autarquias, fundações públicas e empresas estatais.

Ao se referir a “fundações públicas” o Anteprojeto acima referido já deixa claro que reconhece a existência de fundações públicas (o que ainda é negado por boa parte da doutrina) e que estas não se confundem com as fundações privadas, conforme se depreende da leitura dos artigos abaixo transcritos:

“Art. 64 — Fundação pública é a entidade, criada em decorrência de lei específica, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, patrimônio e receita próprios, tendo por finalidade desenvolver atividades assistenciais, culturais, educacionais, de estudos e pesquisas, ou de apoio às referidas finalidades, que por necessidade operacional deve ser assim organizada.

Parágrafo único — Além do estabelecido neste artigo as fundações universitárias gozarão, ainda, de autonomia didático-científica.

Art. 65 — As fundações públicas não estão sujeitas às normas aplicáveis às fundações particulares, especialmente no que

tange à organização e extinção, aprovação, modificação e registro do estatuto e fiscalização pelo Ministério Público.

Art. 66 — Aplicam-se às fundações públicas as normas relativas às autarquias.”

O que está dito, em resumo, é que as fundações públicas são, na verdade, o mesmo que autarquias. O que não está dito é como ficam, qual a situação jurídica, qual o regime jurídico das fundações instituídas pelo poder público na forma do Código Civil, com personalidade jurídica de direito privado.

Aqui se encontra o ponto nodal da questão em exame: existem dois tipos de fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado: as fundações privadas propriamente ditas (instituídas por particulares) e as fundações privadas instituídas pelo poder público, ou seja, fundações governamentais.

Para que se possa entender não só a distinção entre elas mas também, e principalmente, a razão pela qual essas fundações são confundidas, é necessário um pequeno exame da evolução doutrinária.

O saudoso HELY LOPES MEIRELLES, em seu monumental *Direito Administrativo Brasileiro* (RT São Paulo 14.<sup>a</sup> edição, 1988, pág. 330), ao cuidar das fundações instituídas pelo poder público, afirma categoricamente que o fato de o poder público instituir uma fundação, não a transforma em pessoa jurídica de direito público. Para ele não existe fundação de direito público, não existe fundação com personalidade jurídica de direito público.

Para o renomado mestre, fundação pública é apenas e tão-somente uma fundação privada instituída e mantida pelo poder público. Vale a pena transcrever as suas observações no tocante a tais fundações instituídas pelo poder público:

“As fundações não perdem a sua personalidade privada nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas, como se vem afirmando. São e continuam sendo pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às normas civis das fundações (Código Civil, arts. 16, I e 24 a 30), mas destinadas a realizar atividades de interesse público, sob o amparo e controle permanente do Estado. Esse controle se opera na linha institucional e governamental, precisamente porque a fundação posta a serviço do Estado não perde a sua característica de instituição privada, mas se coloca como ente auxiliar do poder público e dele recebe recursos para a consecução de seus fins estatutários. Assim sendo, tais fundações, a nosso ver, não dispensam a fiscalização institucional do Ministério Público, que apenas valerá pela observância de seus estatutos e denunciará as irregularidades ao poder competente, no caso, o ente estatal que as institui e, por outro lado, recebendo contribuições públicas para

sua manutenção, deverão prestar contas da gestão financeira ao órgão estatal incumbido dessa fiscalização.

Não se pode confundir a fiscalização institucional do Ministério Público com o controle da Administração instituidora. Aquela visa assegurar, nas fundações, a fidelidade aos fins estatutários (controle finalístico); este visa garantir a correta gestão administrativa e exata aplicação das verbas públicas, segundo a sua destinação orçamentária (controle financeiro). Um é estabelecido em defesa da instituição; o outro, o é em defesa da Administração em geral e do erário em particular. O primeiro é um controle específico das fundações (Código Civil, art. 26); o último um controle genérico dos que cuidam de bens e interesses públicos."

Resumindo a posição do Professor HELY LOPES MEIRELLES, pode-se dizer que, para ele, quando o poder público institui uma fundação, ela terá necessariamente personalidade jurídica de direito privado e ficará também necessariamente sob a tutela do Ministério Público. Paralelamente a isso, a fundação também ficará sob o controle administrativo da pessoa pública que a houver instituído, ou seja, ficará sujeita a um tipo de controle que o Decreto-Lei n.º 200 denomina de supervisão ministerial.

Depreende-se do texto acima transcrito que, para o consagrado HELY LOPES MEIRELLES, as fundações, por serem pessoas privadas, por serem simples entes de colaboração com o poder público, não integrariam a administração pública indireta e, assim, conseqüentemente, não estariam sujeitas ao controle do Tribunal de Contas.

Não é esse, entretanto, o entendimento mais moderno ou predominante na doutrina.

Já de longa data CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em seu *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta* (RT, São Paulo, 2.ª ed., 1983, pp. 147 e segs.), fazia uma importantíssima distinção entre as fundações instituídas pelo poder público, afirmando que elas poderiam ter tanto personalidade jurídica de direito público quanto personalidade jurídica de direito privado, dependendo da forma de sua instituição.

Positivamente, para ele, era absolutamente inaceitável que o "nome" fundação ou que a "forma organizacional" fundação pudessem assegurar a tal entidade exclusivamente personalidade jurídica de direito privado. A figura jurídica denominada "fundação" não era uma criação do Direito Civil, nem, muito menos, do Código Civil, mas, sim, é um instituto consagrado e definido pela teoria geral do Direito, comportando, por conseguinte, utilização, abrigo ou disciplina tanto na esfera do direito privado quanto no âmbito do direito público. Ou seja, tanto podem existir fundações privadas como fundações públicas.

Para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO o poder público pode criar fundações tanto de direito público quanto de direito privado.



As fundações de direito público outra coisa não são senão autarquias. As fundações de direito privado instituídas pelo poder público não se confundem nem com as autarquias, nem com as fundações instituídas por particulares, pois, de qualquer modo, correspondendo a uma forma de atuação do poder público, apresentam especificidades disso decorrentes:

“As fundações de direito privado criadas pelo poder público submetem-se às regras do Código Civil pertinentes, previstas nos arts. 19, 24 e seguintes. Sem embargo, o simples fato de se originarem da vontade estatal e terem patrimônio constituído, ainda que parcialmente, por recursos públicos, ou a circunstância de serem subvencionadas por cofres governamentais, acarretam efeitos peculiares em seus regimes.

Desde logo, cumpre observar que não podem surgir senão em decorrência de uma lei. Faleceria ao Executivo a possibilidade de concorrer para o nascimento de uma pessoa, ou pura e simplesmente dar-lhe nascimento sem prévia autorização legal. Demais disso, a alocação de recursos públicos para a formação de seu patrimônio ou para subsidiá-la está, do mesmo modo, condicionada à existência de norma legal permissiva.

No caso, entretanto, por se tratar de entidade privada, não bastaria a lei autorizadora. Seu processo de origem requer a obediência aos requisitos previstos no diploma civil para a entronização da criatura no universo jurídico. Daí que se impõe a realização de escritura pública e registro para personalização da entidade. O controle dos atos constitutivos supõe a intervenção do Ministério Público, como prevê o Código Civil.

A extinção da fundação de direito privado criada pelo poder público far-se-á na forma prevista em seus Estatutos, e seu patrimônio, em tal hipótese, seguirá o destino estipulado em tal diploma.

A gestão dos negócios da entidade, isto é, de seus bens, assim como a persecução das finalidades que lhe tenham sido assinaladas no ato constitutivo, caberão aos órgãos previstos diretamente na lei ou nos Estatutos elaborados em obediência à realização dos propósitos nela estabelecidos e normalmente aprovados pelo Executivo mediante decreto.”

Como se pode notar, não há problemas de identificação do regime jurídico ou quanto às conseqüências ou implicações jurídicas decorrentes da instituição de fundações governamentais de direito público. O problema está na criação, pelo poder público, de fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Alguns autores, inadvertidamente, chegaram a entender que tais entidades se confundiriam ou se identificariam totalmente com as fundações instituídas por particulares, escapando totalmente ao controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio ou por intermédio do Tribunal de Contas.

Quanto a isto, merece literal transcrição a vigorosa observação feita por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO em seu recente e bem lançado *Direito Administrativo* (Ed. Atlas, São Paulo, 1990, p. 274), nestes termos:

“Uma observação preliminar, mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito. Todas as fundações governamentais, ainda que não integrando a administração pública, submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo Poder Executivo; a legislação federal, mesmo quando declarava que tais entidades não integram a administração indireta (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 900, de 29-9-69), ainda assim as submetia a esses tipos de controle.

A posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora.”

Já tivemos, também, oportunidade de emitir opinião a respeito das fundações governamentais, em nosso *Regime Constitucional dos Servidores Públicos* (RT, São Paulo, 1990, pp. 43 e segs.), onde analisamos o conceito de fundação esposado ou adotado pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal atualmente em vigor, em seu art. 37, se refere à “administração direta, indireta ou fundacional” e, no inciso XVII do mesmo artigo, faz referência a “fundações mantidas pelo poder público”. A questão interpretativa estava em desvendar quais seriam essas fundações e se elas integram ou não a administração indireta.

Com apoio numa precisa lição de MICHEL TEMER, no sentido de que a administração indireta ou descentralizada se caracteriza, exatamente, pela criação, pelo Poder Público, de pessoas jurídicas, chegamos ao seguinte entendimento:

“Diante dessa colocação, tendo a fundação personalidade jurídica (aliás ela é exatamente isso, uma quantidade de bens ou de dinheiro, um fundo personalizado, e afetado a um fim) é

induidoso que a fundação integra, faz parte, está contida na administração indireta ou descentralizada. Portanto, quando o art. 37 se referiu à "administração indireta", já havia abarcado a administração fundacional, cuja especificação assumiu um caráter de parcial redundância.

Ocorre que o conceito de fundações firmou-se no direito positivo brasileiro com o advento do famigerado Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, o qual, com suas diversas alterações ao longo do tempo, estabeleceu a maior confusão sobre o assunto, ora ignorando a existência da fundação, ora dizendo que ela não integrava nem a administração direta, nem a administração indireta, embora apresentasse todas as características desta última. Na verdade a confusão estabelecida servia ao propósito (largamente explorado) de se criar uma entidade, com dinheiro público, mas que, recebendo a simples denominação de fundação, ficava imune às limitações e controles aplicáveis à administração direta e indireta.

O legislador constituinte pretendeu, evidentemente, cortar as rotas de fuga e, para evitar novas burlas, correu o risco de ser redundante. Não há dúvida, pois, que as fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público integram a administração indireta.

Existem, entretanto, duas formas consagradas no direito brasileiro para a instituição pelo Poder Público, de fundações: diretamente por lei; ou, mediante autorização legislativa, na forma prescrita pelo Código Civil. Quando a lei cria diretamente uma fundação, tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade jurídica de direito público, até porque a lei não pode criar pessoa privada. Quando, por outro lado, a lei apenas autoriza a instituição, pelo Poder Público, de uma fundação, na forma prescrita pelo Código Civil, tem-se uma fundação privada, instituída pelo Poder Público, integrante da administração indireta, mas com personalidade jurídica de direito privado, até porque o Registro Civil de Pessoas Jurídicas não tem o condão de criar pessoas públicas.

Ocorre que a denominada fundação pública outra coisa não é senão uma autarquia, pois, conforme ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as autarquias é que podem ser fundacionais ou corporativas. Fundação pública e autarquia, no Brasil, são a mesma coisa, correspondem à mesma realidade jurídica, dado que possuem o mesmo regime jurídico."

Sabe-se agora, portanto, que nem toda fundação é pessoa jurídica de direito privado. Sabe-se, também, que nem toda fundação criada pelo Poder Público tem personalidade jurídica de direito público.

Assim, agora com maiores esclarecimentos, retoma-se à questão fundamental: como distinguir uma fundação privada de caráter particular (uma fundação privada propriamente dita) de uma fundação privada instituída ou mantida pelo Poder Público, ou seja, de uma fundação (privada) governamental?

A Constituição Federal, em seu art. 71, ao cuidar do controle externo da Administração Pública, no inciso II, menciona “administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público”. Isto significa que qualquer entidade, mesmo de direito privado, desde que instituída ou mantida pelo Poder Público, está sujeita ao Controle do Tribunal de Contas.

O ponto principal de referência, no tocante à submissão ao Tribunal de Contas, não está na personalidade jurídica (pública ou privada), mas, sim, na circunstância de ser a entidade instituída ou mantida pelo Poder Público.

É bastante ampla a competência do Tribunal de Contas, quando houver o envolvimento de recursos públicos, conforme assinalou o eminente Ministro LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA em trabalho sobre “A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União”, publicado na *Revista de Direito Administrativo* 175/36:

“Observa-se, de logo, que o Tribunal julgará, sem ressalvas, as contas de todo o universo de órgãos da administração direta e das entidades da administração indireta. Controlará, em suma, de forma irrestrita, todos os gastos oriundos de recursos públicos, todas as contas da União em seus aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.”

Portanto, para se saber se uma determinada fundação está ou não sujeita ao controle do Tribunal de Contas é preciso verificar se ela depende ou não de recursos oriundos do Poder Público, sob qualquer de suas formas.

Sendo uma fundação instituída pelo Poder Público, não há dúvida de que aí haverá envolvimento necessário e inegável de recursos públicos.

Porém, pode haver envolvimento de recursos públicos em uma fundação instituída por particulares, mas mantida pelo Poder Público.

Aqui está a razão pela qual o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no texto das Instruções n.º 3/89, menciona “Fundações tidas como privadas”.

Pode perfeitamente ocorrer a instituição de uma fundação particular de fachada apenas. Ou seja, que um grupo de particulares institua uma fundação sabidamente inviável, que não pode se sustentar com os rendimentos oriundos do fundo original, mas que viva na total dependência de recursos públicos, que seja realmente mantida pelo Poder Público.

Neste caso, a forma de fundação privada, particular, seria uma burla. Um subterfúgio para dispendir recursos públicos sem qualquer controle.

Não há dúvida de que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo está à procura deste tipo de entidade fundacional. Quer o Tribunal identificar as fundações governamentais *de fato*, que procuram passar por fundações privadas particulares, não obstante sobrevivam e sejam mantidas com recursos públicos.

Em cada caso será necessário verificar, primeiramente, quem instituiu a fundação: o Poder Público (administração direta ou indireta) ou um particular (em sentido estrito).

Em seguida, cabe verificar quem efetivamente controla a fundação, quem escolhe os integrantes dos órgãos de direção.

Depois, é preciso ver se a fundação não depende, não sobrevive, nem é mantida com recursos públicos. Normalmente ela deve se manter graças ao caráter substancial do fundo inicialmente instituído, podendo também receber remuneração pelos serviços que presta, tanto a entidades públicas quanto a particulares.

O simples fato de receber dinheiro de origem pública não transforma uma fundação privada (particular) em fundação pública ou governamental. Qualquer fundação pode receber auxílios ou subvenções, ou dinheiro correspondente ao pagamento da prestação de serviços ao Poder Público. O importante é verificar se ela é, ou não, contemplada com dotações orçamentárias.

Especial exame devem merecer os contratos mantidos pela fundação com entidades públicas, para verificar se não são formas disfarçadas de transferir dinheiro público para pretensos "particulares". Tais contratos devem ser reais, correspondentes a uma efetiva prestação de serviços, adequadamente remunerados.

Ressalte-se que os contratos celebrados por legítimas fundações privadas (particulares) com entidades públicas não ficam sem controle. Cabe ao Tribunal de Contas fiscalizar a celebração e execução de tais contratos, no momento de controlar as entidades públicas contratantes. Estas é que devem prestar contas ao Tribunal de Contas competente.

Diante de tudo o que foi dito resta apenas concluir que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo adotou um comportamento louvável, que deve ser seguido pelas demais Cortes congêneres, pois nem todas as fundações instituídas pelo Poder Público são "fundações públicas", dado que existem "fundações privadas instituídas pelo Poder Público", as quais também não são imunes à ação fiscalizadora do Tribunal de Contas, posto que também integram a administração pública indireta ou descentralizada.