

PARECER/CONSULTA TC-006/2011

DOE 11.8.2011, p. 74.
Rep.: DOE 15.8.2011, p. 20.

PROCESSO - TC-8053/2010

INTERESSADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE ANCHIETA

ASSUNTO - CONSULTA

**CRIAÇÃO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA PELO
PODER LEGISLATIVO – POSSIBILIDADE
CONDICIONADA AO RESPEITO À ESFERA
DE ATUAÇÃO DA CASA DE LEIS – A
FUNDAÇÃO CRIADA PELO PODER
LEGISLATIVO SUBMETE-SE AO CONTROLE
DO TRIBUNAL DE CONTAS – DEVER DE
INSCREVER-SE COMO UNIDADE GESTORA -
RECURSOS MANTENEDORES DA
FUNDAÇÃO DEVEM SER EXTRAÍDOS DO
DUODÉCIMO DA CASA DE LEIS**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-8053/2010, em que o Prefeito Municipal de Anchieta, Sr. Edival José Petri, formula consulta a este Tribunal, nos seguintes termos:

- a) *O Poder Legislativo Municipal pode criar Fundação Pública (Administração Indireta)?*
- b) *Em caso positivo, como ficaria a questão orçamentária: como uma nova Unidade Gestora ou apenas uma subunidade orçamentária da Câmara Municipal?*
- c) *Como seriam realizados os repasses para a Fundação? De parte do duodécimo ou de forma direta do Poder Executivo?*

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme artigo 1º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 32/93.

RESOLVEM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e seis de maio de dois mil e onze, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Marco Antonio da Silva, preliminarmente, conhecer da consulta, para, no mérito, respondê-la nos termos da Instrução Técnica OT-C nº 3/2011 da 8ª Controladoria Técnica, firmada pela Controladora de Recursos Públicos, Srª. Maria Clara Seabra de Mello Costa, abaixo transcrita:

I RELATÓRIO Tratam os presentes autos de consulta formulada pelo **Sr. Edival José Petri**, Prefeito do Município de Anchieta, no sentido de obter repostas para as seguintes indagações: *a) O Poder Legislativo Municipal pode criar Fundação Pública (Administração Indireta)? b) Em caso positivo, como ficaria a questão orçamentária: como uma nova Unidade Gestora ou apenas como uma subunidade orçamentária da Câmara Municipal? c) Como seriam realizados os repasses para a Fundação? De parte do duodécimo ou de forma direta do poder Executivo?* É o relatório. **II REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE** Antes de analisar o mérito da consulta formulada, é necessário que sejam apreciados os requisitos de admissibilidade. Para tanto, temos que observar o conteúdo do art. 96 da Resolução TC nº 182/2002, Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. O primeiro requisito constante no art. 96 se refere à subscrição da consulta por autoridade competente. Consideramos que este requisito foi

atendido, visto que o signatário da consulta é o Prefeito Municipal de Anchieta, estando legitimado conforme o art. 95, II da Resolução TC nº 182/2002. O segundo requisito também foi atendido, pois a consulta trata de questões relativas à entidade integrante da administração indireta, cuja fiscalização, em tese, concerne a este Tribunal. Quanto a indicação precisa da dúvida e a formulação de consulta em tese, terceiro e quarto requisitos, entendemos que o consulente atendeu as condições previstas no art. 96 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Entretanto, faz-se necessário informar que para tornar possível a análise da consulta formulada devemos prescindir do exame da documentação de fls. 05/46, que, de toda sorte, não foi juntada aos autos pelo interessado. Alertamos que a verificação dos documentos acostados transformaria a consulta, que deve ser formulada em tese, em análise de caso concreto, prejudicando a admissibilidade da peça. Assim, nos abstermos de examinar a documentação de fls. 05/46, para evitar qualquer prejuízo ao interessado. Por fim, como último requisito para a instrução do feito, consta da consulta o nome legível, a assinatura e a qualificação do consulente. Verificados todos os requisitos de admissibilidade, opinamos pelo conhecimento da consulta. **III MÉRITO** A estrutura administrativa no direito público pátrio comporta as pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e seus órgãos – Administração Direta -, bem como as pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado, criadas através da descentralização administrativa – Administração Indireta. Assim, fazem parte da Administração Indireta as autarquias, as fundações

instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Fundação é um patrimônio personalizado afetado a um fim. Sua personalização ocorre porque sobre o patrimônio incide normas jurídicas que o torna sujeito de direitos e obrigações. Afetado a uma finalidade implica que seu objetivo é perseguir um interesse, sempre público, pré-determinado no ato de instituição. Embora a fundação seja entidade originalmente pertencente ao direito privado, já se encontra pacificada na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de criação de fundações públicas com personalidade de direito público. Isto posto, as fundações instituídas pelo Poder Público se dividem em: fundações públicas com personalidade de direito privado e fundações públicas com personalidade de direito público. O questionamento do consultante versa acerca da possibilidade de criação, pelo Poder Legislativo, de fundação pública, sem especificar a personalidade jurídica (se de direito público ou privado). A previsão constitucional de descentralização por fundação se encontra no artigo 37, inciso XIX, senão vejamos: *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ... XIX – somente por lei 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; (grifamos)*. Ao analisarmos as partes grifadas da norma constitucional verificamos que a melhor interpretação da mesma é que qualquer dos Poderes do Estado pode optar pela descentralização administrativa.

Há de se ressaltar, no entanto, que a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista é incompatível com as atribuições do Legislativo e do Judiciário e que mesmo a criação das demais entidades (autarquias e fundações) deve guardar consonância com a esfera de atuação de cada Poder. Assim, encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro a criação, por parte do Poder Legislativo, de fundação pública, desde que, repise-se, seja respeitada a esfera de atuação da Casa de Leis. Como a norma constitucional não particulariza o vocábulo fundação, há consenso doutrinário no sentido de que se refere tanto à fundação pública com personalidade de direito privado quanto público. Observamos ainda que, se a fundação tiver personalidade de direito privado, há exigência de edição de lei complementar prévia à sua criação, que defina a área de atuação da entidade. Entretanto, se a fundação for dotada de personalidade jurídica de direito público, será espécie do gênero autarquia. É o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 17^a edição, fls. 171/172): *“Em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm [...] Uma vez que as fundações públicas são pessoas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime jurídico dantes exposto, como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente”*. Isso implica dizer que a criação de fundação pública de direito público se dá diretamente pela lei, ao contrário da de direito privado, na qual a lei autoriza a criação e essa passa a existir após o devido registro no cartório competente. Tanto a fundação

pública de direito público quanto a de direito privado tem personalidade jurídica própria, sendo pois, sujeito de direitos e obrigações. Isto posto, responde-se ao segundo questionamento do consulente no sentido de que qualquer fundação criada pelo Poder Legislativo submete-se ao controle do Tribunal de Contas, devendo inscrever-se no órgão como unidade gestora. Isso porque, uma vez detentora de personalidade jurídica própria, não integra a administração direta, não sendo órgão do poder que a criou e sim, entidade autônoma. A terceira questão postulada pelo consulente diz respeito a quem caberia a responsabilidade de eventuais repasses de recursos à fundação pública criada pelo Legislativo. Entendemos que os recursos mantenedores da fundação devem ser extraídos do duodécimo da Casa de Leis. Sendo a entidade objeto desta análise criada pelo Poder Legislativo deve ser por ele mantida. **IV CONCLUSÃO** Opina-se no sentido de que a presente consulta deve ser conhecida e respondida nos termos acima expostos.

Presentes à sessão plenária da apreciação o Sr. Conselheiro Umberto Messias de Souza, Presidente, o Sr. Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva, Relator, e os Srs. Conselheiros Elcy de Souza, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e José Antônio Almeida Pimentel. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral.

Sala das Sessões, 26 de maio de 2011.

CONSELHEIRO UMBERTO MESSIAS DE SOUZA
Presidente

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Relator

CONSELHEIRO ELCY DE SOUZA

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

DR. LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário Geral das Sessões