



NOTA TÉCNICA SOBRE A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO Nº 19/2019 – FUNDAÇÕES DE APOIO

1. Introdução

Esta nota técnica tem por objetivo analisar a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 19/2019 à Constituição do Estado de São Paulo, que propõe alterar o artigo 33 para incluir no rol de entidades fiscalizadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), as Fundações de Apoio e outras fundações privadas que recebam qualquer repasse de verba pública, mesmo que não tenham sido instituídas ou sejam mantidas pelo Poder Público estadual.

A análise abordará as questões de constitucionalidade, o conflito de competência com o Código Civil e os possíveis impactos jurídicos e práticos para essas fundações. Utilizamos como base doutrina, jurisprudência e dados de pesquisa sobre as fundações.

2. Panorama Geral das Fundações de Apoio e das Fundações Privadas

a. Retrato Nacional

As Fundações de Apoio são entidades privadas sem fins lucrativos criadas para facilitar a interação entre Universidades, institutos de pesquisa e a sociedade. Importante ressaltar que as Fundações de Apoio às Universidades são hoje os principais agentes catalizadores da inovação no país, além de atuarem no financiamento de pesquisas das Universidades, por meio de parcerias com empresas privadas, gerindo, portanto, recursos privados nestas frentes de atuação.

Além delas, as fundações privadas que não são instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual desempenham um papel igualmente importante em projetos sociais, educacionais e de pesquisa, operando com recursos privados e parcerias (públicas ou privadas). Essas fundações, assim como as de apoio, estão sujeitas a um regime jurídico específico que garante sua autonomia e flexibilidade. Tem natureza jurídica de direito privado.



As fundações privadas e as de apoio são representadas por entidades como o Conselho Nacional das Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e Tecnológica (CONFIES) ou a Associação Paulista de Fundações (APF), que auxiliam na troca de boas práticas e na defesa de seus interesses.

Tanto as Fundações de Apoio quanto as fundações privadas não ligadas diretamente ao Estado desempenham um papel crucial no desenvolvimento de parcerias estratégicas, como é o caso da Fundação Faculdade de Medicina, da Fundação Zerbini, da FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, da FIA – Fundação Instituto de Administração, da FECAP - Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado, FUNCAMP – Fundação de Desenvolvimento da UNICAMP, a FUSP – Fundação de Apoio a Universidade de São Paulo e a FAAMP – Fundação de Apoio ao Museu Paulista, entre outras que são berços das muitas iniciativas de inovação do Estado.

b. Regime Jurídico Aplicável

O regime jurídico das fundações é estabelecido pelo Código Civil, que prevê o velamento das suas atividades pelo Ministério Público. Essa fiscalização tem como objetivo garantir que as fundações, tanto de apoio, mantidas ou não pelo Estado, quanto as privadas não mantidas pelo Estado, atuem dentro de seus objetivos estatutários e empreguem corretamente os recursos, quando houver repasses públicos envolvidos.

Pontua-se que a Lei nº 8.958/94 e o decreto que a regulamenta – Decreto federal nº 7.423/10 - tratam do credenciamento de fundações privadas como fundações de apoio pelo Ministério da Educação e Ministério da Ciência e Tecnologia. **Tal credenciamento não altera a natureza jurídica de direito privado das fundações que auxiliam projetos de pesquisa, ensino e extensão das instituições de ensino superior.**



Segundo José Eduardo Sabo Paes¹:

“...têm elas a natureza jurídica de fundações privadas, particulares, ou seja, regidas pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil e criadas mediante aprovação dos atos de instituição e do respectivo estatuto pelo Ministério Público onde se situa sua sede. E o fato de auxiliarem ou fomentarem a atividades de ensino e pesquisa das universidades e ICTs não desnatura sua personalidade jurídica, nem a desqualifica de fundação para outra categoria jurídica.”

Portanto, as fundações de apoio não são fundações públicas, pois para serem entendidas como públicas, a sua criação e a sua manutenção teriam de ter sido realizadas por meio de repasse de recursos públicos. São, portanto, fundações privadas, mesmo quando atuam na função de apoio à IFES - Instituições Federais de Ensino Superior/ICTs Instituições Científicas e Tecnológicas. Esse ponto é importante para que não se crie uma contraposição quanto à natureza da fundação ao atuar no apoio às IFES/ICTs e ao atuar com um contrato ou serviço fora do âmbito de uma instituição apoiada. Nos dois casos a natureza jurídica é de fundação privada, regida pelo Código Civil.

A diferença da fundação privada de apoio para outras fundações privadas é que a primeira detém entre suas finalidades o fomento e auxílio a uma IFES/ICTs. Ao se credenciar junto ao Poder Público para que possa assumir essa função, ela fica sujeita a um marco legal próprio e a formas específicas de controle, que dizem respeito à sua relação com as organizações de ensino, pesquisa e inovação apoiadas. Também nas palavras de Sabo Paes:

“Esse procedimento de registro e credenciamento é, na verdade, um pedido de reconhecimento pelo poder público de que a fundação de direito privado é uma fundação de apoio nos moldes estabelecidos pela Lei n.º 8.958/1994, cabendo ao Ministério da Educação e ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação admitir ou não, administrativamente, se aquela fundação de direito privado encontra-se em condições de ser reconhecida como de apoio na forma da citada Lei.”

¹ PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 245.



Deste modo, apesar de regras próprias incidirem sobre as fundações de apoio, a natureza jurídica das fundações privadas, de apoio ou não, é a mesma, sendo todas veladas pelo Ministério Público. Contudo, entende-se que a diferenciação feita pelo texto da PEC nº 19/2019 não distingue a natureza dessas organizações e do regime aplicável às suas atividades.

c. Controle

As Fundações de Apoio são controladas internamente nos termos dos seus estatutos e sistema de governança e, externamente, pelo Ministério Público, responsável por garantir a legalidade das suas operações e fiscalizar o uso de recursos públicos, quando aplicável.

Fundações privadas que não são instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual não têm a obrigação de prestar contas a órgãos de controle externos como o TCE. Eventual atuação do TCE recai apenas sobre a prestação de contas das verbas públicas que venham a receber, conforme estabelecido pelo regime jurídico brasileiro, mas nunca sobre a instituição como um todo.

3. PEC nº 19/2019

a. Objeto e Justificativa

A PEC nº 19/2019 pretende alterar o artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo, expandindo a competência do TCE-SP para julgar as contas das Fundações de Apoio e das fundações privadas que não são instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual, nos seguintes termos:

Redação Atual	Redação proposta pelo PEC nº 19/2019
<p><i>“Artigo 33 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, incluídas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem</i></p>	<p><i>“Artigo 33 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, incluídas as fundações públicas ou privadas, instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual, ou que receba</i></p>



<i>perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;</i>	<i>qualquer repasse de verba pública, e as contas daqueles que derem perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;</i>
<i>VII - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados ao Estado e pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres;</i>	<i>VII - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados ao Estado e pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, inclusive sobre os repasses realizados das Universidades e Fundações de apoio; (NR)</i>
	<i>Artigo 2º - Fica acrescido o inciso I-A, ao artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo: “Artigo 33 – (...) I – (...) I-A – apreciar as contas prestadas anualmente pelas Universidades e das fundações de apoio, mediante parecer prévio, no mesmo prazo do inciso anterior.” (NR)</i>

A justificativa apresentada pelos autores da proposta menciona a alegada necessidade de maior controle e transparência, especialmente em relação ao uso de recursos públicos. No entanto, quanto ao inciso II do art. 33 acima, a proposta parece desconsiderar que as fundações já estão sujeitas a um regime de fiscalização eficaz pelo Ministério Público, conforme previsto no Código Civil, e pela Receita Federal, por isso entendemos que a ampliação da competência do TCE conflita com o regime jurídico vigente aplicável às fundações privadas.

Ressalta-se que mesmo no caso do repasse de verbas públicas, o controle exercido pelo Tribunal de Contas do Estado já existe e é feito tão somente em relação aos recursos do erário geridos pelas Fundações.

A redação trazida pela PEC nº 19/2019 permite que seja outra a interpretação, podendo sujeitar as fundações públicas e privadas ao escrutínio da Corte de Contas de todos os recursos geridos pela entidade, nos casos em que ela “receba qualquer repasse de verba pública”, o que vai de encontro com a determinação constitucional. Para garantir segurança jurídica às entidades controladas, bem como a constitucionalidade da proposta, há necessidade de delimitação das verbas sujeitas à avaliação do controle externo.

Ademais, importante ressaltar, quanto à alteração do inciso VII do art. 33, a desnecessidade de mencionar os repasses feitos pelas Universidades às Fundações



de Apoio, já que enquanto recursos públicos, estão sujeitos à fiscalização do TCE-SP. Neste contexto, a menção identificada, juntamente com a inclusão do inciso I-A ao art. 33, ao contrário de trazer a competência de fiscalização ao Tribunal de Contas, pode gerar uma confusão no ordenamento jurídico.

b. Implicações Jurídicas

Ao incluir as fundações privadas não mantidas pelo Estado na fiscalização do TCE-SP, a PEC nº 19/2019 cria um conflito direto com o Código Civil, que já estabelece os mecanismos adequados para a fiscalização dessas entidades. A proposta viola o princípio da autonomia jurídica e interfere indevidamente nas atividades privadas dessas fundações quando não há envolvimento de recursos públicos. Além disso, a ampliação do escopo de fiscalização do TCE-SP para incluir essas fundações não encontra respaldo constitucional, uma vez que o fato dessas fundações terem natureza privada não se alinha às competências institucionais do Tribunal de Contas.

4. Inconstitucionalidades

A Constituição Federal delimita de maneira clara as competências dos Tribunais de Contas, que estão voltadas à **fiscalização de recursos públicos**. Tanto as Fundações de Apoio quanto as fundações privadas que não são mantidas pelo Estado operam em grande parte com recursos privados, o que torna indevida a tentativa de submetê-las ao controle do TCE-SP. A PEC nº 19/2019 extrapola as competências constitucionais dos Tribunais de Contas, ao tentar incluir recursos privados das fundações privadas em seu escopo de atuação.

Assim como a Constituição Federal, a Constituição do Estado de São Paulo dispõe, expressamente sobre as obrigações de prestação de contas, bem como a competência do TCE-SP neste assunto, em todos os casos, envolvendo recursos públicos, conforme transcrição abaixo:

Artigo 32 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, das entidades da administração direta e indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia



Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder:

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Artigo 33 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, incluídas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;

(...)

Dessa forma, não há razão que justifique a pretendida inclusão das Fundações de Apoio como tipo de pessoa jurídica sujeita ao controle do TCE, já que a previsão constitucional atual já abarca o controle sobre a gestão dessas entidades sobre bens e valores públicos.

5. Precedentes Constitucionais e Jurisprudenciais

O Supremo Tribunal Federal (STF) já consolidou o entendimento de que fundações privadas, inclusive as de apoio, têm autonomia jurídica e estão sujeitas à fiscalização de recursos públicos apenas quando esses são diretamente aplicados em seus projetos. A tentativa de submeter essas entidades ao controle do TCE-SP contraria o artigo 75 da Constituição Federal, que estabelece a simetria entre os modelos de controle federal e estadual. A jurisprudência de outros tribunais de contas, como o do Estado do Mato Grosso, reforça que a fiscalização deve se restringir ao uso de verbas públicas, respeitando a autonomia privada das fundações.



6. Impactos na Governança das Fundações

A PEC nº 19/2019 pode gerar impactos profundos sobre a governança tanto das Fundações de Apoio quanto das fundações privadas que não são mantidas pelo Estado. Essas entidades, que frequentemente firmam parcerias com o setor privado, dependem de sua flexibilidade e autonomia para o desenvolvimento de projetos inovadores. A sujeição de suas contas a uma fiscalização geral do TCE-SP pode inibir a celebração de novas parcerias, prejudicando a execução de projetos de pesquisa e inovação.

As fundações, tanto as de apoio quanto as privadas, desempenham um papel fundamental na criação de inovações tecnológicas e na promoção de avanços em várias áreas de conhecimento. A inclusão dessas fundações no rol de fiscalização do TCE comprometeria sua capacidade de atuar com eficiência e traria um aumento considerável na burocracia.

7. Insegurança Jurídica e Burocracia

A duplicidade de fiscalização gerada pela PEC criaria um ambiente de insegurança jurídica tanto para as Fundações de Apoio quanto para as fundações privadas não mantidas pelo Estado. Elas seriam submetidas a dois regimes de controle diferentes: o Ministério Público, como previsto no Código Civil, e o TCE-SP. Esse cenário de sobreposição de competências aumentaria a burocracia, os custos administrativos e prejudicaria a eficiência dessas entidades, criando um ambiente desfavorável para a celebração de novas parcerias, especialmente com o setor privado.

Ademais, não há justificativa jurídica suficiente para que haja o controle do TCE-SP para além dos recursos públicos geridos pelas fundações privadas, já que essa atuação extrapolaria suas competências constitucionais.



8. Conclusões

Diante das considerações expostas, conclui-se que a PEC nº 19/2019 não deve prosperar. Isso porque, ao propor transferir para o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo a responsabilidade pela fiscalização geral das Fundações de Apoio e das demais fundações privadas que recebam qualquer repasse de verba pública - mesmo que não tenham sido instituídas ou sejam mantidas pelo Poder Público estadual - a proposta conflita frontalmente com o Código Civil e com a Constituição Federal. Além disso, prejudica a autonomia dessas fundações e cria entraves burocráticos que comprometem a eficiência e capacidade de boa execução de parcerias de interesse público.

Assim sendo, esta Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP opina pela rejeição e arquivamento da PEC nº 19/2019 pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em razão das razões expostas nesta Nota Técnica que expõe o conflito de competência com o Código Civil, sua inconstitucionalidade e os impactos negativos que sua aprovação traria para as Fundações de Apoio e as fundações privadas que não são instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual.²

São Paulo, 27 de setembro de 2024

LAIS VANESSA
CARVALHO DE
FIGUEIREDO
LOPES:56309465368

Assinado de forma digital
por LAIS VANESSA
CARVALHO DE FIGUEIREDO
LOPES:56309465368
Dados: 2024.10.24 13:36:05
-03'00'

Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes

Presidente da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP

DocuSigned by:
Fernando Quintino
9F5840C2C6B84F8...

Fernando Moraes Quintino da Silva

Vice-Presidente da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP

² Para a elaboração e revisão desta Nota Técnica, contamos com o apoio de Aline Freitas, Carolina Ferreira, Mariana Kruchin, Rafael Alvarenga, Tarso Violin, Nicole Hoedemaker, Paulo Silva e Paula Storto, todos integrantes da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP; a quem agradecemos pelas contribuições sobre o assunto. A Nota foi elaborada com base na legislação vigente, na jurisprudência, na doutrina e na experiência dos membros na atuação junto a Fundações.