FUNDAÇÃO — ABUSO DE DIREITO — DISREGARD DOCTRINE

— Fundação criada por professores de universidade federal, que se beneficia com bens e serviços da universidade, está sujeita ao controle de contas.

— Aplicação da doutrina jurídica que desconsidera a personalidade jurídica formal quando importa a obtenção de vantagens indevidas (disregard doctrine).

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Processo nº 4.675/85-1

Anexo VI da Ata nº 45/86

Relatório e voto do Ministro Bento José Bugarin, cujas conclusões, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, foram acolhidas pelo Tribunal, na sessão ordinária realizada em 8 de julho de 1986, ao deliberar sobre o processo de prestação de contas adiante descrito (Processo nº 4.675/85-1).

RELATÓRIO

Por determinação do plenário, na sessão de 20 de junho de 1985 (fls. 160) o processo em epígrafe foi convertido em diligência preliminar (fls. 154-8) visando à obtenção de informações, abaixo, junto às instituições que menciona:

I — Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul sobre:

a) ato autorizativo para a utilização pela Fapec dos recursos materiais e humanos da Universidade;

b) ato autorizativo para doação de bens à Fapec, explicitando: as razões da mesma; o montante dos bens; os procedimentos contábeis dela decorrentes;

c) processo criminal em andamento em razão dos resultados apurados pela comissão constituída pelo Ato nº 6/83 — Fapec (fls. 109);

II — A Fapec sobre:

a) inquérito aludido no expediente Fapec-42/85 (fls. 65) e na certidão emitida pelo cartório criminal (fls. 76);

b) o recolhimento do débito atribuído ao seu secretário executivo;

c) a regularização, na contabilidade, de bens recebidos em doação;

d) providências adotadas para a restituição de ICM recolhido indevidamente em 1982;

e) irregularidade na execução do convênio firmado com a Sesu/MEC;

f) impropriedade na concessão e controle de suprimentos de fundos;

g) restrições do § 15 do relatório da Secin;

h) origem dos recursos aplicados no mercado aberto;

i) ressalvas referidas nos itens 3, 4 e 9 do relatório confidencial de auditoria independente (fls. 29-30) e a efetivação das medidas recomendadas.

2. Foi, ainda, recomendado que se comunicasse ao Sr. Secretário da Educação Superior do MEC as irregularidades detectadas nas presentes contas, para serem consideradas no exame da matéria reportada no Aviso nº 269 de 24.4.85, do Sr. Ministro da Educação (fls. 139) e tratada no Aviso nº 319-SP/83, deste Tribunal, (fls. 137-8), por apresentar situação idêntica à verificada na criação da Fundação Sonzândrade no âmbito da Universidade Federal do Maranhão.

3. As informações oferecidas pelos órgãos argüidos, e autuadas às fls. 164 a 221, não lograram o objetivo colimado, ensejando nova diligência (fls. 234-5) determinada

pelo inspetor-geral da 6ª IGCE, desta feita tendo por finalidade:

a) esclarecimentos sobre as providências adotadas pelo Conselho da entidade para o ressarcimento de valor despendido com multa, juros e correção monetária, uma vez que foi cancelada a inscrição de responsabilidade do secretário executivo da Fapec;

b) pronunciamento do secretário executivo sobre a autoconcessão de suprimento de fundos, sendo ele ordenador de despesa.

4. Conseqüentemente, a Fundação forneceu a este Tribunal os elementos de fls. 237 a 244, que analisados pelo órgão de instrução (fls. 245-8) foram considerados satisfatórios com a ressalva de que a fragilidade da gestão da Fapec é, entre outras razões, decorrente de ter estado à margem dos controles interno e externo nesse primeiro exercício contábil.

5. Diante disso e com base em procedimentos análogos do Tribunal (TC-24.366/83-8 Ata nº 5/84, fls. 11; TC-24.374/83, Ata nº 4/84, anexo II; TC-24.364/83, Ata nº 89/85, fls. 8), sugere o arquivamento simples das contas, recomendando-se à entidade o registro dos convênios em contas de compensação.

6. A propósito da criação desses entes pelas universidades, a Procuradoria Geral, como em outras oportunidades, assinala que: "a doutrina jurídica, observando fenômeno de abuso na utilização da personalidade para obter vantagens que não se teriam ante a natureza legal dos fatos, na tese que tem os nomes de *disregard doctrine, lifting the corporate veil, disregard of legal entity, desestimación de la personalidad jurídica, superamento della personalità,* vem adotando os critérios e normas atinentes ao ente tal como na realidade ele funciona. Desta forma, pessoas como a Fapec, assim como na realidade funcionam, devem ser tratadas como entes do Governo."

7. Ponderando as circunstâncias em que ocorreram as anomalias e em razão de serem estas as primeiras contas da Fundação, espera o representante do Ministério Público que em exercícios futuros se possa acompanhar a evolução da gestão da entidade no sentido da aplicação de medidas gradualmente mais rigorosas, diante do que concorda com a proposta do Sr. Inspetor-Geral da 6ª IGCE.

VOTO

Em face do exposto e diante das falhas constatadas, acolhemos os pareceres e votamos no sentido proposto, a saber, simples arquivamento das contas, sem baixa na responsabilidade do gestor, fazendo-se a recomendação alvitrada.

Gabinete, 8 de julho de 1986. — *Bento José Bugarin,* Ministro-Relator.

PARECER

Contas da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura (Fapec), de Mato Grosso do Sul, referentes ao exercício de 1982.

2. Trata-se de fundação instituída por um grupo de professores da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul em 11 de março de 1982, justamente à época das decisões que obrigaram entidades dessa espécie a prestarem contas ao Tribunal.

3. É, portanto, a primeira prestação de contas, lamentavelmente já com eivas de irregularidades como a que provocou a instauração de inquéritos administrativo e policial destinados a apurar o não-recolhimento de Cr$ 5.619.967,63 aos cofres da Secretaria de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, mediante fraudes em operações de comercialização de material escolar procedente da antiga Fename, de que a Fapec se encarregara, com intuito de lucro.

4. O inquérito policial foi arquivado por falta de provas, sem embargo de o representante do Ministério Público, em parecer nos repectivos autos, lamentar não terem as autoridades policiais logrado chegar aos autores do "decantado e triste episódio ocorrido em nosso novel estado".

5. Envolveu-se, também, a Fapec em artifícios lesivos ao Fisco estadual, o qual a autuou e obrigou ao recolhimento da multa

de Cr$ 2.687.915,61, convertidos em débito sob responsabilidade do secretário executivo da entidade, o qual somente o recolheu em 27.1.86, enquanto o ato do Conselho de Administração que o responsabilizara havia sido considerado nulo, um ano depois de expedido.

6. Estranha também é a venda de material doado pela Universidade à Fapec, denunciada no subitem 3.3 do relatório de auditoria, fls. 53, e superficialmente abordada às fls. 70, 180, 181, 197 e 198, chamando a atenção as especificações onde constam envelopes selados, álbuns de selos, esqui para neve, aparelho transmissor e receptor; 198 lentes de 20mm de diâmetro, F-2.8 montadas e outros.

7. O processo revela que a Fapec funciona no recinto da própria Universidade com quatro servidores desta, numa cooperação formalizada por convênio.

8. Como se não bastassem as ocorrências já comentadas, a Fapec foi utilizada também para inversões no mercado aberto de títulos e favorecimento à sonegação fiscal (fls. 70 e 180), além de outras anomalias analisadas no processo.

9. O órgão da instrução ressalta a fragilidade da gestão da Fapec como decorrência, certamente entre outros motivos, de ter ela estado à margem do controle interno e externo nesse primeiro exercício contábil, carente, destarte, de um acompanhamento técnico.

10. Sugere, por isso, o arquivamento simples das contas, com base em procedimentos análogos do Tribunal.

11. Lembra, também, que no Processo nº TC-19.682/85-9, o Tribunal vem examinando particularmente a criação de fundações no âmbito das instituições fundacionais de ensino superior, estando por ser ajuizado um pronunciamento do Ministério da Educação a propósito de posicionamento do Conselho Federal de Educação em torno da matéria.

12. É mais um exemplo vivo do abuso de direito a que aludimos em nossa promoção nas contas da Fundação de Assistência, Estudo e Pesquisa de Uberlândia (Faepu), insertas no Processo nº TC-375.124/85-3, quando analisávamos a criação de outra pessoa jurídica, dentro do campo privatista e com tal peculiaridade sempre argüida mas que, criada por servidores da Universidade, funciona como departamento da própria entidade oficial de ensino, mas especialmente não respeitando os formalismos do setor público enquanto pessoa simples que é, executa tarefas comprometidas com a atividade universitária do serviço público.

13. Como tivemos então oportunidade de assinalar, a doutrina jurídica observando fenômeno de abuso na utilização da personalidade para obter vantagens que não se teriam ante a natureza legal dos fatos, na tese que tem recebido os nomes de *disregard doctrine, lifting the corporate veil, disregard of legal entity, desestimación de la personalidad jurídica, superamento della personalità,* vem adotando os critérios e normas atinentes ao ente tal como na realidade ele funciona. Portanto, pessoas como a Fapec, assim como na realidade funcionam, devem ser tratadas como entes do governo.

14. Em termos de literatura jurídica temos a conferência do Prof. Rubens Requião referida no parecer que emitimos no TC-375.124/85-3, constante do anexo XI à Ata nº 67/85 (*DO* de 17.10.85) capaz por si só de ensejar o art. 49 do Anteprojeto de Código Civil. Temos ainda o versado no Parecer nº N-63 da Consultoria-Geral da República.

15. Outras referências encontramos em:

a) RE nº 75.680-GO, Primeira Turma do STF, publicada na *RTJ, 65*:866-7;

b) RE nº 94.066-9-RJ, Primeira Turma, ementa e acórdão publicados no *DJ* de 2.4.82;

c) Rubens Requião em seu *Curso de direito comercial.* 8. ed. Saraiva, v. 1. p. 265-7;

d) Waldírio Bulgarelli em seu *Direito comercial II* (1. ed. Atlas, p. 18);

e) *Responsabilidade tributária,* de Leon Frejda Szklarowsky. (São Paulo, Resenha Tributária, 1978. p. 65-7).

16. Com amparo nessa tese da desconsideração da pessoa jurídica, pessoa que embora distinta dos que a constituíram, segue objetivos legais divergentes da vontade destes, tem-se defendido a obrigatoriedade da prestação de contas dessas Fundações, a despeito de elas se esquivarem dessas obrigações deblaterando, às vezes, não pertencerem à administração pública.

17. Na realidade do processo constam referências a anormalidades e falhas, e falhas tais que revelam despreparo do dirigente para o trato de coisa pública como em essência o é. As modalidades por si só ensejam em tese a aplicação da multa, multa essa que ganha força em face das atribuições exercidas pela Fapec com apoio na tese doutrinária atrás apontada, a qual também recebeu nome de *Aparencia Y realidad*. Em razão de serem estas as primeiras contas, pareceu-nos melhor o critério de abrandar.

Em face de tais circunstâncias, e na expectativa de que em exercícios futuros se possa acompanhar a evolução da gestão da entidade no sentido da aplicação de medidas gradualmente mais rigorosas e que, pelo visto, dificilmente abonarão a subsistência da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura (Fapec), de Mato Grosso do Sul, concordamos com a proposta do Sr. Inspetor-Geral da 6ª IGCE, fls. 257, pelo arquivamento destas contas, sem baixa nas responsabilidades e sem óbice a que seja feita a recomendação junto formulada.

Procuradoria, 23 de maio de 1986. — *Laerte José Marinho*, Subprocurador-Geral.

