

*Curadoria de Fundações. Perícias.
Análise do art. 32, VI, da Lei Complementar 28/82*

Processo MP - nº 686/94

Comunicação

Comunicante: Dr. Lincoln Antônio de Castro, Promotor de Justiça

Assunto: Convênio com a UERJ. Perícias em fundações

“Convênio entre o Ministério Público e a UERJ, a ser implementado mediante termos aditivos. Termo aditivo que gerou notificação às fundações privadas para contratarem peritos da UERJ com vistas à auditoria externa. Vulneração do princípio da liberdade de conduta e da legalidade (art. 5º, II, C.F.). Na função de “promover a realização de auditorias, estudos atuariais e técnicos, e perícias”, prevista no art. 32, VI, da L.C. 28/82, não se insere a de obrigar as fundações a empregarem peritos de uma só entidade, até porque, por mais idônea que possa ser, estará afastando da atividade pericial outras entidades também idôneas. Se o Ministério Público, através de sua douta Curadoria de Fundações, não se convence com a auditoria feita por determinada pessoa física ou jurídica, cabe-lhe confrontá-la com peritos de sua confiança, devendo arcar com os ônus daí decorrentes. Parecer no sentido da revisão parcial dos termos do convênio.”

PARECER

1. O ilustrado Dr. Lincoln Antônio de Castro, Promotor de Justiça e Curador de Fundações, informa ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça a celebração de convênio firmado entre o Ministério Público e a Universidade do Rio de Janeiro – UERJ, no qual se ajustam diretrizes básicas que devem nortear ação conjunta das duas instituições no exercício de atividades que guardem interesses recíprocos. Provido de normas abertas, o convênio prevê sua implementação através de termos aditivos, levando em consideração as áreas de atuação dos diversos órgãos do *Parquet*.

2. Em dezembro de 1993 foi formalizado o primeiro termo aditivo, pertinente às Curadorias de Fundações da Capital e do Interior, estando em andamento as tratativas para um segundo aditivo pertinente à Coordenadoria de Defesa da Cidadania.

3. No que tange às Curadorias de Fundações, diz o douto comunicante que, mediante portaria específica, os Curadores de Fundações descredenciaram os auditores externos cadastrados e no mesmo ato credenciaram a UERJ para realizar auditorias, perícias e estudos atuariais e técnicos nas fundações privadas. Ao mesmo tempo, instauraram-se processos em face de todas as fundações, notificando-se o presidente de cada entidade para contratar com a UERJ, que apresentou como órgão executor o NUSEF (Núcleo de Estudos Fazendários), composto de peritos da mais absoluta confiança daquelas Curadorias. Entretanto, ao momento da celebração dos contratos, as fundações reclamaram contra o alto preço dos serviços a serem cobrados, o que impossibilitaria algumas delas a empregá-los nas auditorias. Havendo o impasse, estão em entendimentos a Curadoria de Fundações e a UERJ para tentar resolvê-lo. Ocorre que, além do preço em si, houve questionamentos sobre a norma do termo aditivo referente às contratações a serem firmadas entre as fundações e a UERJ, e, por isso mesmo, o digno Curador comunicante apresenta fundamentos de ordem fática e jurídica para dar sustento à referida cláusula.

4. Explica o ilustre comunicante que a sistemática correntia, para a auditoria externa, consistia no cadastramento de pessoas físicas e jurídicas, entre as quais, anualmente, as fundações escolhiam uma, e com ela firmavam contrato, submetendo-o ao crivo de cada Curador de Fundações. No entanto, o sistema apresentava deficiências, não só porque se impunha fazer auditoria preventiva, como também porque: 1º) identificaram-se irregularidades graves em algumas fundações com auditores externos; 2º) algumas fundações não prestavam contas há muito tempo; 3º) fundações privadas educacionais estão sendo questionadas quanto à cobrança de mensalidades, à remuneração de professores e funcionários e ainda quanto à qualidade de ensino; e 4º) não tem havido auditoria operacional em nenhuma fundação privada, para verificação da qualidade e pertinência dos serviços prestados em caráter permanente.

5. Justificar-se-ia, ainda, a providência adotada pelo fato de que só é possível exercer real provedoria do Ministério Público sobre fundações com o apoio de técnicos de diversas áreas, já que de diversas áreas são também as fundações (educacionais, assistenciais, de saúde, etc.). Com cerca de 175 fundações sob a provedoria ministerial, não havendo tal apoio técnico e administrativo, correr-se-á o risco de ver comprometida a atuação das Curadorias de Fundações.

6. Além de tal suporte fático, são apresentados fundamentos jurídicos que dão sustento à providência. Primeiramente, o art. 207, da C.F., e o art. 306, da Const. Estadual, que asseguram às universidades, entre elas a UERJ, autonomia capaz de garantir a imparcialidade de sua atuação. Depois, a ordem de contratação da UERJ, por parte das fundações privadas, estaria ancorada: 1º) no poder de requisição dos órgãos de atuação do Ministério Público; 2º) no poder de determinar a realização de auditorias nas fundações privadas, conferido ao Ministério Público, através das Curadorias de Fundações, com as despesas por conta daquelas; e 3º) na finalidade das auditorias e na escolha dos auditores da confiança daquelas Curadorias. Depois, na função ministerial de *velar* pelas fundações, estaria inserida a provedoria preventiva, como se depreende do art. 32, da L.C. 28/82. Além do mais, prevê o mesmo dispositivo, no inciso VI, competir à Curadoria de Fundações *promover a realização de auditorias e perícias*, com as despesas por conta das entida-

des, sendo que a provedoria preventiva haveria de beneficiar as próprias fundações e seus beneficiários, para mantê-las ajustadas a seus fins institucionais. Por fim, lembra o douto Curador comunicante que o sistema adotado guarda semelhança com o da perícia judicial, que, embora da confiança do Juiz, é pago pelas partes, a estas cabendo apenas impugnar a imparcialidade, discutir os honorários e apresentar assistente técnico. E invoca finalmente o art. 57 da Resolução nº 68, de 13.11.79, que obriga as fundações a manter auditoria externa, diversa de seu controle interno. Conclui, assim, que diante de tal quadro fático e jurídico, “fica a critério dos Curadores de Fundações decidir sobre os profissionais ou instituições especializados e idôneos, que poderão realizar as atividades de auditorias, perícias e estudos atuariais e técnicos”, não havendo, em consequência, qualquer ilegalidade na ordem contida no aludido termo aditivo.

7. O Exmo. Procurador-Geral de Justiça, após formalização do expediente, encaminhou o processo a esta Assessoria de Direito Público e Assuntos Institucionais para exame e parecer.

8. Não há a menor dúvida de que o douto Curador de Fundações, no que toca ao termo aditivo ao convênio com a UERJ, esteve imbuído dos melhores propósitos para o exercício de seus misteres institucionais. Nem também constituirá sombra de dúvida que os fundamentos fáticos invocados traduzem louvável preocupação no saneamento efetivo e verdadeiro das fundações privadas, quer sob o aspecto patrimonial e financeiro, quer sob a ótica de seus objetivos institucionais e em seu próprio funcionamento. Na verdade, a fundação reveste-se mesmo de grande complexidade jurídica, e, como bem consigna Caio Mario da Silva Pereira, tal entidade “*espelha alta expressão do abstracionismo jurídico na sua capacidade de atribuir personalidade a um ente concebido pela vontade heterônima*”, concluindo que “*o que se encontra aqui é a atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social*” (*Instituições de Direito Privado*, vol. I, 1964, pág. 249).

9. Endossamos, ainda, o fato de que, para bem desempenhar sua função, o Ministério Público, através de suas Curadorias de Fundações, deve valer-se do apoio técnico e administrativo de auditores, peritos e outros técnicos que, por sua especialidade, possam subministrar àqueles órgãos de atuação os elementos necessários a uma efetiva e real provedoria. E é exatamente para atender ao art. 26, do Cód. Civil, pelo qual “*velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas*”, que se faz necessária a sua provedoria, que, como bem averba *Sergio de Andréa Ferreira*, “*envolve tutela e a fiscalização, situando-se como um meio-termo entre a supervisão administrativa da Administração Direta sobre a Indireta, e o poder de polícia ordinário sobre as pessoas jurídicas particulares em geral*” (*Princípios Institucionais do Ministério Público*, 1982, pág. 51).

10. Ousamos, no entanto, divergir do ilustrado Curador de Fundações quanto à validade da norma do termo aditivo que obriga as fundações à contratação com a UERJ, bem como com os fundamentos jurídicos que invoca para espeque dessa cláusula.

11. Constitui postulado fundamental, incluído entre os direitos e garantias fundamentais, o princípio *da liberdade de conduta*, segundo o qual os indivíduos

são livres para exercerem as atividades não vedadas por lei. Daí o *princípio da legalidade*, insculpido no art. 5º, II, da C.F.: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Observa, com acerto, **José Afonso da Silva** que “a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa, com o conteúdo inovativo de suas estatuições” (*Direito Constitucional Positivo*, 1989, pág. 362). Significa dizer, em outro ângulo, que a liberdade de conduta dos indivíduos somente pode sofrer limitações quando a lei o impõe, de forma definitiva e peremptória.

12. *In casu*, porém, não é o que sucede. No quadro que rege a matéria, foi visto que o Código Civil deu a incumbência ao Ministério Público de *velar* pelas fundações, e a Lei Complementar nº 28/82, no seu art. 32, VI, confere à Curadoria de Fundações o poder de “promover a realização de auditorias, estudos atuariais e técnicos, e perícias, correndo as despesas por conta da entidade fiscalizada.”

13. Entendemos, juntamente com o já citado **Sergio de Andréa Ferreira** (*ob. cit.*, pág. 148), que ao Ministério Público cabe examinar e aprovar os atos de instituição e dotação e os estatutos das fundações; as alterações que se sucederem; e a fiscalização do funcionamento de tais entidades, inclusive através da prestação de contas anuais. Mas, por outro lado, não vemos como na função de “promover auditorias”, prevista na lei, possa inserir-se a determinação de que as auditorias sejam realizadas apenas por certa entidade, como no caso foi estatuído no termo aditivo ao convênio. Em nosso entender, uma coisa é promover auditorias, e outra, diversa, é ordenar que estas sejam feitas somente por uma entidade, no caso a UERJ.

14. É possível até mesmo que a Curadoria de Fundações possa obrigar a que seja feita uma auditoria externa e, ainda, que se permita proceder a uma aferição quanto à idoneidade dos peritos, como consta da Resolução nº 68/79, citada pelo douto comunicante. Os termos do art. 57 dessa resolução, contudo, não chegam a permitir a prévia indicação do perito auditor, mas simplesmente obrigam à perícia e admitem a fiscalização do perito. Como bem citou o nobre Curador de Fundações, fazia-se o cadastramento das entidades de auditoria; admitia-se a escolha de uma delas; e homologava-se o contrato firmado pela fundação. Não havia, porém, a obrigação de que a fundação deveria contratar com a pessoa A ou B, pois que, entre outros aspectos, tal norma vulneraria o *princípio da igualdade*, descartando da atividade de auditoria outras entidades que também podem desfrutar do bom conceito de idoneidade e capacidade técnica. Como bem registra **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, o reconhecimento da igualdade jurídica reclama que as desigualdades decorram exclusivamente das aptidões pessoais, e não de outros fatores individuais, sobretudo o de simples preferência, e “nem tolera que o trabalho, conforme o seu objeto, seja desigualmente considerado pelo direito”. (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 1990, pág. 27).

15. Do ângulo em que nos postamos sobre a matéria, temos que as fundações, embora obrigadas a realizar auditorias externas e a arcar com as despesas destas, têm o direito de escolher a entidade encarregada dessa atividade, submetendo-a, quando muito, à aferição da Curadoria de Fundações. E, se o Ministério Público não fica convencido da eficiência dessa auditoria, ou se pretende que esta se faça

em caráter preventivo e permanente, deve ele mesmo recorrer a entidades de sua confiança para confrontar a auditoria feita pela entidade escolhida pela fundação, o que logicamente implicará para a instituição o ônus financeiro dessa nova perícia. Ou então, prover seu quadro funcional de peritos-audidores com o encargo de socorrerem aquelas Curadorias quando estiver em jogo a necessidade de aprofundar ou confrontar a auditoria da fundação, ou mesmo de fazer uma auditoria paulatina e preventiva, como foi do intento do nobre Curador comunicante. O que não nos parece lícito é, por convênio, obrigar as fundações a contratar exclusivamente com a UERJ sob as suas expensas. Por isso é que, como informa em seu expediente, se a resistência de algumas fundações decorreu inicialmente do preço cobrado pela UERJ, posteriormente começou a questionar-se a própria obrigação, inscrita no termo aditivo do convênio, de que cada uma tivesse que firmar contrato com aquela Universidade, e é exatamente este o ponto que se encontra sob discussão.

16. Em síntese, para que se pudesse considerar válida e eficaz a norma ajustada entre dois pactuantes para obrigar a terceiro, seria necessário que houvesse expressa norma legal conferindo ao Ministério Público o poder de criar essa obrigação, o que, como visto, não ocorre. Só nessa hipótese a conduta das fundações se subsumiria ao princípio da legalidade, consagrado no citado art. 5º, II, da Const. Federal.

17. Examinemos os outros fundamentos jurídicos invocados pelo douto Curador comunicante. Os arts. 207 da C.F. e 306, da Const. Estadual, asseguram a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades. Não obstante, do conteúdo de tais mandamentos nem emana necessariamente a imparcialidade de tais entidades, como se diz no expediente (na verdade, corre apenas uma presunção de idoneidade), nem decorre o poder jurídico de que tenham elas que ser indicadas para realizar auditorias em fundações privadas. Não servem, pois, *concessa venia*, para justificar a obrigação contida no convênio.

18. Invoca-se, ainda, o art. 167, § 4º, da Const. Estadual, e o art. 26, I, da Lei nº 8.625/93, que consagram o poder requisitório do Ministério Público. Embora devendo reconhecer-se a relevância desse poder, que, na precisa observação de *Hugo Nigro Mazzilli* não deve limitar-se a procedimentos de natureza criminal, mas, ao revés, deve estender-se a atividades não penais do Ministério Público (*Regime Jurídico do Ministério Público*, 1993, págs. 167/170), o certo é que *a lei não admitiu que a requisição feita a órgãos públicos para o desempenho das funções ministeriais ensejasse a transferência do ônus financeiro da atividade solicitada a terceiro*, como se deu na espécie. Ao contrário, o que parece dimanar da regra é que, havendo ônus decorrente da atividade do órgão requisitado, deve ele correr às expensas do Estado, ou dos próprios recursos do Ministério Público, na verdade o grande interessado nela.

19. A similitude do sistema de auditoria em fundações com o das perícias judiciais, fator também trazido como suporte da licitude da obrigação de contratar, tem que ser vista em termos. De comum temos, sem dúvida, a produção de prova técnica necessária à atividade jurisdicional ou ministerial. Mas ficam aí os pontos de semelhança. No caso da prova pericial a ser produzida em processo, há norma

expressa cometendo o ônus de sua produção ao autor, no que toca ao fato constitutivo do direito, e ao réu, no concernente aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, I e II, do C. P. Civil). Na lição de *João Carlos Pestana de Aguiar*, trata-se da aplicação da consagrada parêmia latina de que *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*, ou de que *probatio incumbit ei qui dicit, non ei que negat* (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 1974, pág. 56), indicando a lei, de forma clara e peremptória, que, mesmo para atender ao Juiz, ao Estado e às partes, o ônus da prova caberá ao autor ou ao réu, conforme o caso. A própria lei comina a obrigação pecuniária. No caso do convênio, entretanto, o Ministério Público e a UERJ convencionam que terceiros – as fundações privadas – se valham de determinados peritos e arquem com os ônus de seus serviços. Essa obrigação é que, como já acentuamos antes, está ausente de expressividade normativa.

20. Na verdade, e realçando-se novamente os bons propósitos do ilustrado Curador de Fundações e sua preocupação com a função fiscalizadora do Ministério Público no segmento das fundações privadas, não vislumbramos suporte legal para, por meio de convênio, obrigá-las a contratar auditorias externas com a UERJ, bem como para a arcar com os ônus desses serviços. Pode-se – enfatizamos – obrigá-las a pagar os serviços de auditoria externa, como já vinha ocorrendo, mas não se lhes pode impor que os serviços tenham de ser executados apenas pela UERJ, sobretudo quando as reclamações se escoram inicialmente nos preços por ela cobrados. O problema, é fácil verificar, não diz respeito diretamente ao preço da auditoria, mas sim à imposição do executor dessa atividade técnica, somente válida ante regra jurídico-normativa expressa.

21. Parece-nos, pois, à vista do que expendemos, que devem ser revistos parcialmente os termos do aditivo ao convênio. Em primeiro lugar, deve ser substituída a *obrigação* de contratar com a UERJ, pela *faculdade* de celebração do contrato. Por outro lado, deve retornar o cadastro de entidades idôneas de auditoria e a verificação do contrato que com ela firmem as fundações, como já se encontra na Resolução nº 68/79. Havendo dúvida quanto à auditoria realizada, pode o Ministério Público valer-se de *outros auditores* (que podem ser os do NUSEF, da UERJ) para confrontá-la ou complementá-la, mas neste caso o ônus deve ser da instituição interessada. Se necessária auditoria preventiva, deve ser adotado o mesmo procedimento. E nunca deve descartar-se a hipótese de vir o Ministério Público a recrutar, mediante concurso público, peritos-auditores que possam dar subsídios às Curadorias de Fundações, incluindo-os como servidores técnicos em seu quadro de serviços auxiliares, procedimento, entretanto, que se insere na alçada discricionária da administração superior da instituição.

22. É o que entendemos sobre a questão sob análise.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 1994.

José dos Santos Carvalho Filho

Assessor-Chefe

Assessoria de Direito Público e Assuntos Institucionais