

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

IVES GONÇALVES RODRIGUES

**AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE AS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS
DE ENSINO SUPERIOR E SUAS FUNDAÇÕES DE APOIO**

**CURITIBA
2008**

IVES GONÇALVES RODRIGUES

**AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE AS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS
DE ENSINO SUPERIOR E SUAS FUNDAÇÕES DE APOIO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Fernando Gustavo Knoerr.

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

IVES GONÇALVES RODRIGUES

AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE AS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR E SUAS FUNDAÇÕES DE APOIO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2008.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	6
2 AS FUNDAÇÕES EM GERAL	10
2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FUNDAÇÕES.....	10
2.2 O CONCEITO DE FUNDAÇÃO.....	13
2.3 A NATUREZA JURÍDICA.....	14
2.4 A CLASSIFICAÇÃO DAS FUNDAÇÕES.....	16
3 AS FUNDAÇÕES DE APOIO ÀS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR ...	18
3.1 NOÇÕES PRELIMINARES.....	18
3.2 A NATUREZA JURÍDICA.....	21
3.3 A BASE LEGAL.....	21
3.4 A POLÍTICA NACIONAL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA.....	24
3.5 A FINALIDADE DAS FUNDAÇÕES DE APOIO.....	28
4 AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE AS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR E SUAS FUNDAÇÕES DE APOIO, FRENTE AOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE	31
4.1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU.....	31
4.2 A DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	32
4.3 DA PARTICIPAÇÃO DOS SERVIDORES DA INSTITUIÇÃO APOIADA EM PROJETOS EXECUTADOS PELA FUNDAÇÃO DE APOIO.....	41
4.4 DAS BOLSAS DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO.....	43
4.5 DA PROIBIÇÃO DE PAGAMENTO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO.....	45
4.6 AS PRINCIPAIS IRREGULARIDADES CONSTATADAS PELO TCU.....	46
4.7 ENTENDIMENTOS CONSOLIDADOS PELO TCU.....	47
4.7.1. As Contratações com Dispensa de Licitação.....	47
4.7.2 A Abrangência da Expressão “Desenvolvimento Institucional”.....	47
4.7.3. A Vinculação do Contrato ao Projeto.....	48
4.7.4 A Taxa de Administração.....	49
4.7.5 Os Pagamentos Antecipados.....	49
4.7.6 O Objetivo do Convênio de Gerenciamento de Recursos Públicos.....	49
4.7.7 As Restrições à Subcontratação.....	49
4.8 A JURISPRUDÊNCIA RECENTE.....	50
5 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO	56
6 AS CRÍTICAS À EXISTÊNCIA DAS FUNDAÇÕES DE APOIO ÀS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR	64
7 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior – SETI, na pessoa de seu Diretor Geral Prof. Jairo Queiroz Pacheco, por permitir que eu pudesse freqüentar e concluir o Curso de Preparação à Magistratura. Agradeço pelo incentivo e pelo interesse demonstrado durante todo esse ano quanto ao meu desempenho.

Agradeço aos meus colegas que atuam na Unidade Gestora do Fundo Paraná, em especial ao Prof. Nivaldo Rizzi, pelo fornecimento da matéria prima do presente estudo, cujas inquietações quanto ao procedimento a ser adotado quando da celebração de convênios com fundações de apoio, despertaram meu interesse pelo tema.

Manifesto aqui, o meu especial reconhecimento pela atenção e pela orientação dos meus colegas da Assessoria Jurídica da SETI, Dra. Silmara Sartori, Dr. Marcos Stamm e Dr. Arnaldo David Baracat, quando de minhas dúvidas.

Quero expressar meus sinceros agradecimentos a Cidinha e a Adriana companheiras de Gabinete, por terem suportado a sobrecarga de trabalho decorrente de meu afastamento para freqüentar a Escola da Magistratura. Valeu! Meninas!

Finalmente, agradeço a Maria Helena, minha dedicada colaboradora, pelo carinho e pelo incentivo nas horas em que o desânimo e o cansaço tomaram conta de meu espírito e a desistência fez insinuantes rondas em torno de minha vontade.

RESUMO

AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE AS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR E SUAS FUNDAÇÕES DE APOIO

Este estudo trata das relações institucionais entre as universidades públicas e suas fundações de apoio, bastante tumultuadas devido aos escândalos envolvendo algumas fundações, com denúncias de má utilização de recursos públicos. Também a existência das fundações junto às universidades públicas é motivo de severas críticas por parte de entidades de docentes e de estudantes. Assim, o estudo trata de analisar a lei 8.958/94, que dispõe sobre as relações entre as universidades públicas federais e suas fundações de apoio. Busca-se identificar em que medida a lei atende às necessidades de uma maior flexibilização dos procedimentos administrativos, para que as universidades públicas possam obter recursos extra-orçamentários para o desenvolvimento do ensino, da extensão, da pesquisa científica e tecnológica, e ao mesmo tempo, respeitar as normas de direito público quando da aplicação de recursos do erário. Faz-se uma pesquisa sobre a interpretação e a aplicação da referida Lei, tanto pelos gestores públicos como pelos órgãos de controle, bem como sobre as decisões do Tribunal de Contas da União, em especial quanto aos entendimentos consolidados e a jurisprudência recente. Pesquisa-se também sobre as decisões do Tribunal de Contas do Estado. O estudo conclui que, embora a Lei 8.958/94 padeça de vícios de técnica legislativa, com dispositivos genéricos que permitem variadas interpretações, a uniformidade de entendimento sobre a questão está sendo construída pelos diversos atores envolvidos e assim será possível para as universidades públicas contarem com os potenciais benefícios trazidos pelas fundações de apoio no cumprimento de sua missão, não se afastando do princípio da legalidade que rege a administração pública.

Palavras-chave: fundações de apoio, universidades públicas, relações institucionais

1 INTRODUÇÃO

As relações Institucionais entre as Instituições Públicas de Ensino Superior e suas Fundações de Apoio foram desde sempre motivo de apaixonados debates no âmbito das Universidades, dos Sindicatos de Docentes e das Representações Estudantis. Esses debates dizem respeito a questões ideológicas, como o caráter privatizante que tais fundações pudessem imprimir às universidades públicas, mediante a terceirização na contratação de mão-de-obra e serviços, além de privilegiar determinados setores das universidades fazendo com que estes possam aferir renda extra por meio de bolsas, em prejuízo do regime de dedicação exclusiva. Não obstante fossem esses debates acalorados, ficaram restritos ao meio acadêmico.

Os recentes casos que envolvem fundações de apoio e universidades públicas, como o que levou às manchetes a Fundação de Empreendimentos Científicos e Tecnológicos e a Universidade de Brasília, colocou na agenda nacional o debate sobre a relação entre esses dois tipos de entidades. Tais fatos levaram também ao interesse sobre o posicionamento dos órgãos de controle e fiscalização (Ministério Público e Tribunal de Contas) acerca dessas relações.

Por outro lado, as instituições públicas de ensino superior, embora dotada de autonomia administrativa e financeira, em consequência das leis a que estão submetidas não conseguiram se desvencilhar das amarras da burocracia, impossibilitando uma atuação ágil e eficiente. Nesse contexto é que nasceram as fundações de apoio, com o intuito de auxiliar as universidades em sua gestão, com eficiência e eficácia, na captação e gerenciamento de recursos extra-orçamentários,

livrando-as das restrições administrativas, tornando-as essenciais para o desempenho das instituições de ensino superior.

Embora não tivesse destaque na mídia – até os recentes escândalos –, o relacionamento entre as fundações de apoio, as universidades públicas e os órgãos de controle e fiscalização foi de constante tensionamento, não sendo raras as desaprovações de contas e condenações de gestores públicos, em razão de repasses de recursos do erário para tais fundações. Aparentemente, isso se deveu à interpretação um tanto quanto “elástica” adotada pelas Instituições Públicas de Ensino Superior em relação à Lei 8.958/94, albergando sob seu manto, uma série de transações que em princípio a Lei não comporta, furtando-se às regras de direito público e ao controle externo quando da administração e aplicação de recursos públicos.

O presente estudo tem dois objetivos: o primeiro de ordem acadêmica e o segundo de ordem prática.

Do ponto de vista acadêmico pretende-se encontrar respostas para indagações como: qual era a intenção de legislador ao formular a lei que regulamenta as relações das Instituições Públicas de Ensino Superior com suas fundações? Em que contexto histórico ela foi construída? Que necessidade tinha o estado brasileiro ao estabelecer tal relação?

Essa retrospectiva se faz necessária porque as Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) são questionadas sobre o fato da proteção da constitucionalmente prevista “autonomia universitária”, desvirtuar a intenção e o sentido da Lei, transformando tais fundações em meros órgãos de apoio às IPES. Estas, por serem de natureza jurídica de direito privado, não estão sujeitas às normas de direito público, nem tampouco ao controle externo, embora se valham de

recursos públicos: pela utilização de bens públicos, pela utilização de mão-de-obra pertencente à Administração Pública, ou pela simples prestação de serviços, ações que não se caracterizam como de desenvolvimento institucional ou científico.

Tais ocorrências têm sido objeto de polêmica no âmbito administrativo e de controle não apenas na esfera federal, mas dado a ampla utilização da modalidade fundações de apoio – pelas instituições de outras esferas de governo –, a polêmica estende-se também à esfera estadual e municipal.

Uma vez respondidas essas indagações será possível dizer se a lei que estabeleceu tal relação atingiu seu objetivo; qual deve ser a melhor interpretação para que a intenção do legislador possa se fazer valer; e como consequência, qual é a melhor aplicação de seus dispositivos para conciliar as necessidades das universidades públicas e o atendimento aos princípios da administração pública.

Do ponto de vista prático, o estudo pode vir a apoiar a atividade profissional da Autora que trabalha em órgão da administração estadual – a Secretaria da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná/ SETI – frequentemente questionado pelo Tribunal de Contas do Estado - TCE, pelo fato de celebrar convênios com instituições públicas estaduais e federais de ensino superior, por meio de suas fundações de apoio.¹

A atualidade e a significância do tema ficam demonstradas pelos recentes escândalos envolvendo as fundações de apoio e suas universidades públicas, que pela forma como os meios de comunicação trataram a matéria, acabou por desviar a atenção do que é relevante, ou seja; de que forma as Instituições Públicas de Ensino Superior poderão se relacionar com suas fundações de apoio sem contudo

¹ A SETI está encarregada de gerir o Fundo Paraná. Trata-se do Fundo Constitucional previsto no art. 205 da Constituição do Estado do Paraná, que destina anualmente, uma parcela não inferior a dois por cento da arrecadação tributária para o fomento da pesquisa científica e tecnológica do Estado. Frequentemente o TCE tem julgado irregulares as contas desse Fundo devido à utilização de fundações de apoio na execução de projetos pelas universidades estaduais.

desvirtuar a finalidade de suas existências e ao mesmo tempo, respeitar os princípios basilares da Administração Pública.

2 AS FUNDAÇÕES EM GERAL

Antes de adentrarmos na modalidade específica “fundação de apoio”, é importante a compreensão dessa forma de organização institucional chamada fundação, sob todos os seus aspectos, quais sejam: sua origem, evolução histórica, conceito, natureza jurídica e classificação. A partir desse conhecimento será possível um melhor entendimento da pessoa jurídica chamada “fundação” de apoio, cuja existência e atuação têm atormentado juristas, gestores públicos, inspetores de tribunais de contas, comunidade acadêmica, e porque não dizer, atualmente, a sociedade brasileira como um todo.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FUNDAÇÕES

O surgimento desse instituto pode ser explicado pelo espírito de solidariedade, inerente ao ser humano, na busca de meios para auxiliar as pessoas mais necessitadas.

Desde o alvorecer da humanidade, sempre houve homens que movidos pelo amor às artes e à sabedoria, ou simplesmente ao amor pelo próximo, destinavam bens para finalidades culturais ou filantrópicas.

Luiz Fernando Coelho, em sua obra “Fundações Públicas”, dá conta de que a escola que Platão fundou nos jardins de *Academos*, a “Academia”. Esta é o exemplo de instituição precursora, no mundo antigo, do que se tem hoje como fundação. A Academia não era propriamente uma instituição de ensino. Era uma sociedade

científica e religiosa, voltadas às musas, em Atenas. Platão, depois de vinte anos em que esteve à frente da Academia, ao deixá-la, legou-a aos seus sucessores.²

A influência grega na formação das fundações no mundo romano merece destaque: quando a Grécia foi conquistada pelos romanos, estes assimilaram a instituição, e a partir daí, surgiu em Roma as primeiras fundações voltadas ao culto funerário, à distribuição de alimentos, à manutenção de crianças pobres e aos jogos.³

No direito romano, dois acontecimentos reputam-se como relevantes para a história das fundações: a constituição de uma *actio popularis*, efetivando as fundações instituídas por legados ou doações e o desenvolvimento das entidades religiosas, passando a igreja a ser concebida como pessoa.

Segundo Rudolf Von Ihering, citado por Luiz Fernando Coelho, a constituição da *actio popularis*, configura-se “um direito subjetivo dos destinatários da fundação: pobres, enfermos, viúvas, órfãos, protetores das artes etc, porque os dois elementos do direito, o interesse e a proteção do interesse por si mesmo, se encontram efetivamente nela...”.⁴

Com o desenvolvimento das entidades religiosas, as instituições de benemerência, organizadas a partir das igrejas e conventos, passam a ser sujeitos de direito.

Por meio de decreto o Imperador Constantino, reconheceu as comunidades eclesiásticas cristãs permitindo-lhes a aquisição de bens e que tais comunidades adquirissem capacidade privada, podendo ter patrimônio, passando a receber legados e doações cuja finalidade era o atendimento aos fins religiosos, educacionais e caritativos.

² COELHO, Luiz Fernando. **Fundações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.08.

³ Idem.

⁴ Ibidem, p. 10.

Com o declínio do poderio da Igreja e a abertura cultural levada a efeito pelas Corporações de Ofício e pela Reforma, pelo Mecenato e pelo Renascimento, o “processo das fundações privadas rompeu o monopólio da igreja, passando da caridade cristã para a caridade laica, fundamentadas em idéias de filantropia, fraternidade (advindas da Revolução Francesa)”.⁵

Nos Estados Unidos da América, observou-se um significativo crescimento no número de fundações – a partir do Século XVIII –, em razão da Guerra da Secessão, onde os problemas sociais gerados exigiam um grande esforço não só do governo, mas de toda a sociedade.

Porém, a multiplicação das fundações em território americano deveu-se ao prodigioso progresso econômico e à concentração de grande riqueza nas mãos de particulares, que ficavam diante da responsabilidade de fazer com que a comunidade à qual pertenciam pudesse participar dessa riqueza. Foi daí que surgiram redes de universidades, bibliotecas, museus, teatros, orquestras sinfônicas, hospitais, orfanatos. Este foi o meio encontrado para diminuir os tributos a serem pagos diretamente ao governo, direcionando-os para a comunidade. Trata-se de uma espécie de pagamento indireto. Tudo isso amparado por uma legislação que para a época, demonstrou ser inteligente e voltada para o bem comum.

No Brasil, a Casa dos Expostos e a Santa Casa de Misericórdia, do Rio de Janeiro, que datam dos primeiros tempos da colonização, são os exemplos mais antigos de estabelecimentos fundacionais.⁶

A Fundação Diocesana “Pão dos Pobres”, de Porto Alegre, a Fundação Darcy Vargas, a Fundação Getúlio Vargas e a Fundação Brasil Central, são exemplos que marcam o desenvolvimento histórico das nossas fundações.

⁵ DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das Fundações Privadas**. p. 48.

⁶ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 48.

Como se pode perceber, a origem das fundações sempre esteve associada ao espírito de solidariedade do ser humano. Suas raízes estão fincadas na vida e no bem social. Havendo nas fundações, mais do que em qualquer outra forma de organização como, por exemplo, nas associações ou nas corporações, um sentimento de cooperação, de responsabilidade social e de cidadania.

2.2 O CONCEITO DE FUNDAÇÃO

O trabalho de solidificar a definição de uma instituição tão tradicional, como é o caso da pessoa jurídica fundacional, foi deixada pelo legislador a cargo dos doutrinadores e da jurisprudência, uma vez que estes atuam mais próximos dos avanços da técnica e das necessidades sentidas no seio da sociedade. Também porque não há no ordenamento jurídico pátrio uma definição legal de fundação. Nem mesmo o Código Civil define essa pessoa.

Clóvis Bevilácqua, autor do anteprojeto do Código Civil de 1916, apresenta uma definição, que embora clássica, permanece atual.

Fundação é uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá utilidade, ou, como se lê na Teoria Geral é um patrimônio transfigurado pelas idéias que o põe o serviço de um fim determinado.⁷

Carlos Maximiliano, assim define o ente fundacional:

Denomina-se fundação um instituto com objetivo religioso, humanístico ou cultural, oriundo de liberalidade feita por meio de ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Diverge da corporação ou sociedade; porque estas são formadas pela convergência de diversas pessoas, que administram e dirigem o conjunto; ao passo que advém aquela da resolução magnânima ou piedosa

⁷ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 206.

de um só indivíduo, que destina vultoso patrimônio para se constituir e manter a instituição e a direção geral; não raro, incumbe sociedade já existente, do encargo de organizar e orientar a fundação.⁸

O conceito da pessoa jurídica fundacional permanece inalterado entre os autores brasileiros, como pode ser observado pela definição dada pela Professora Maria Helena Diniz:

Fundações são universalidades de bens personalizados pela ordem jurídica, em consideração a um fim estipulado pelo fundador, sendo esse objetivo imutável e seus órgãos servientes, pois todas as resoluções estão delimitadas pelo instituidor. É, portanto, um acervo de bens livres, que recebe da lei a capacidade jurídica para realizar as finalidades pretendidas pelo seu instituidor, em atenção ao seu estatuto.⁹

2.3 A NATUREZA JURÍDICA

Não há dúvidas de que as fundações tiveram sua origem plasmada no direito privado. Entretanto, essa condição foi objeto de discórdia por longo tempo entre os estudiosos no que diz respeito à existência da fundação de direito público. Autores como Hely Lopes Meirelles, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho e Luiz Fernando Coelho, entendem que só pode haver, no âmbito do poder público, fundações de direito privado, obedecendo quando de sua instituição e criação, as regras dos arts. 62 e 69 do Código Civil de 2002, ficando o Estado (União, Estados e Municípios) impedido de criar fundações de direito público ou de natureza jurídica pública.

Para os defensores dessa idéia, quando o Estado lança mão das formas privadas, não o faz por simples prazer, mas sim por motivos práticos. É o excesso de burocracia no serviço público que está na gênese da propagação de entidades da administração indireta. Podendo o Estado utilizar-se do instituto da autarquia,

⁸ Ibidem, p. 207.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**: teoria geral do direito civil. V. 1. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48.

não é lógico nem prático, instituir fundações públicas se estas em nada diferem daquelas. Se o Estado se vale do instituto privado da fundação, é para que essa atue como entidade privada, gerando recursos pela exploração de seu patrimônio, de modo a atingir os fins de sua criação. Para esses doutrinadores, a forma como o Estado vai fiscalizar a aplicação do patrimônio, a gestão financeira e a efetividade do atingimento de seus fins, são questões acessórias. Como também é de menor importância, a discussão se a fiscalização e o controle serão exercidos pelo Ministério Público ou pelo Tribunal de Contas. Mesmo que o controle e a fiscalização sejam exercidos pelos dois órgãos, esse fato não tem o poder de 'desnaturar' a natureza jurídica privada das fundações públicas.

A esse respeito destacamos o pensamento de Luiz Fernando COELHO:

Considerar as fundações instituídas pelo Poder Público pessoas jurídicas de direito público equivale a reconhecer que o Estado errou ao elegê-las como meio de realizar os respectivos fins, seja pela insuficiência do patrimônio, seja pela inadequação da forma de administrá-la e, por isso, pretende autarquizá-la com o intuito de elidir o seu próprio erro: ou, então, que o Estado pretendeu, na verdade, instituir uma autarquia como instrumento de ação e que por erro do legislador ou ótica deformada do instituto da fundação, permitiu-se a criação de uma espécie de entidade híbrida, nem autarquia, nem empresa e nem fundação.¹⁰

Prossegue ainda o citado autor, a guisa de conclusão, sugerindo que os teóricos do direito administrativo prestem mais atenção à origem histórica do instituto da fundação. A sua origem coloca o instituto inequivocamente junto ao direito privado, do qual a fundação instituída pelo Poder Público é somente uma espécie diferenciada por elementos normativos secundários, os quais não alteram a natureza jurídica comum às entidades fundacionais. Assim, a doutrina administrativa indicará ao legislador o caminho mais seguro, evitando a

¹⁰ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 103.

disseminação do instituto fundação, onde a forma autarquia é a mais adequada para os fins desejados por ele.

Por outro lado, juristas como Celso Antonio de Mello, Geraldo Ataliba, José Cretella Júnior, Miguel Reale e Maria Sylvia Zanella di Pietro entendem que o Poder Público, quando da instituição e criação de uma fundação, pode atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado para que, por meio dela, possa prestar aos cidadãos os serviços que esse Poder considerar úteis ao desenvolvimento da sociedade.

A conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos.

2.4 A CLASSIFICAÇÃO DAS FUNDAÇÕES

Para os que comungam do entendimento de que é impossível a existência de fundações que não sejam as de natureza privada, este tópico não tem o menor sentido, uma vez que a única classificação seria a fundação de direito privado.

Não obstante, considerar de início que as fundações surgiram sob a inspiração do direito privado, mas que o Estado, dentro de sua atribuição de prestar aos cidadãos serviços que entender-lhes úteis, tornou possível a existência – além das fundações de direito privado, constituídas e criadas em obediência às condições estabelecidas nos arts. 62 e 69 do Código Civil –, a existência de fundações de direito público ou instituídas pelo poder público, dotadas de personalidade de direito público.

Para José Eduardo Sabo PAES, as fundações podem ser classificadas em:

Fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público

- com personalidade jurídica de direito privado
- com personalidade jurídica de direito público – autarquia

Fundações de Direito Privado

- instituídas por pessoas físicas e/ou jurídicas
- instituídas por empresas
- instituídas por partidos políticos
- de apoio a instituições de ensino superior
- de previdência privada ou complementar

Na obra “Direito das Fundações Privadas”, Gustavo Saab DINIZ, atribui às fundações uma outra classificação, que na essência não difere da classificação acima. Para o Autor, as fundações podem ser classificadas como fundações públicas e fundações privadas. As Fundações privadas, por sua vez, comportam uma subdivisão: a) fundações privadas típicas, instituídas e constituídas por particulares; b) fundações privadas vinculadas ao Estado, as chamadas para-administrativas, ou para-governamentais ou ainda de cooperação, convencionalmente entendidas como de descentralização por cooperação.¹¹

Considerando que o objeto de estudo deste trabalho são as fundações de apoio às instituições de ensino superior, não interessa dedicar maior atenção às questões gerais do instituto fundacional, bastando uma visão panorâmica do todo para que, enfim, se possa tratar do específico.

¹¹ DINIZ, Gustavo Saad. Op. cit., p. 214.

3 AS FUNDAÇÕES DE APOIO ÀS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES

Até bem pouco tempo atrás, para a ordem sociopolítica existiam apenas dois setores: o público e o privado, bastante distintos entre si, tanto no que se refere às suas características como à personalidade. De um lado ficava o Estado, a Administração Pública, a sociedade; do outro, o Mercado, a iniciativa particular e os indivíduos.

Por questões de limites e invasões de território, a convivência entre esses dois setores foi sempre difícil e tumultuada. A Administração Pública era tida como burocrática, porquanto se preocupava mais com os procedimentos do que com os resultados. A administração não confiava no administrado. A consecução do bem comum era responsabilidade única do Estado, enquanto que ao setor privado cabia a busca incessante dos seus interesses. Assim, o público mantinha-se distante do privado.

Paralelamente a desses dois setores começou a surgir e se fortalecer outro, conhecido como Terceiro Setor. “A idéia é que nele se situe organizações privadas com adjetivos públicos ocupando, pelo menos em tese, uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social, sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis”.¹²

Junto com o Estado (Primeiro Setor), e com o Mercado (Segundo Setor), surge um Terceiro Setor, com capacidade de mobilizar apreciáveis somas de recursos materiais e humanos, voltados para o desenvolvimento social. Assim, o

¹² PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 121.

Terceiro Setor é um híbrido, não é público nem privado, na acepção convencional desses termos. Mantém uma relação mista com ambos: ou seja, o Terceiro Setor é formado por organizações de natureza privada, porém sem o objetivo do lucro para o atingimento de objetivos sociais. Não obstante o fato de não fazer parte da Administração Estatal, vale-se de métodos do setor privado para a finalidade do setor público.

Boaventura de Souza Santos, assim define o Terceiro Setor: “são instituições que tentam realizar o compromisso prático entre a eficiência e a equidade em atividades sociais, adotando a flexibilidade operacional típica de pessoas privadas sem prejuízo da busca de equidade social inerente a qualquer instituição pública”.¹³

Fazem parte do Terceiro Setor as sociedades civis sem fins lucrativos, as associações civis e as fundações privadas.

Com a decadência do Estado liberal e a evolução do chamado Estado do Bem-Estar, o Estado foi avocando para si atribuições no campo social e econômico. Isso fez com que necessitasse encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada, agora exercida pela Administração. A partir dessa necessidade, surgiu a descentralização de atividades, que devido ao grande número e complexidade, não poderiam ser executadas satisfatoriamente por uma única pessoa jurídica.

No Brasil foram criadas várias formas de descentralização por serviços, funcional ou técnica - quando o poder público cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público - conformando à figura da autarquia, das fundações, das empresas de economia mista e empresas públicas.

¹³ Ibidem, p. 122.

Não obstante o fato da criação das autarquias e das fundações públicas como forma de descentralização administrativa, o Estado Brasileiro não conseguiu na medida desejada a prestação desejada na prestação de seus serviços à comunidade.

Isso se deu em razão de que quando o Estado cria uma pessoa jurídica privada, ele o faz dando-lhe praticamente todas as características indicadas para as pessoas públicas. As autarquias e as fundações públicas têm praticamente os mesmos privilégios e padecem das mesmas limitações que os órgãos da Administração Direta.

Foi nesse contexto de lentidão de atuação das autarquias e fundações públicas (pessoas jurídicas adotadas pelas universidades públicas) – devido à burocracia que as cercava, incompatível com as demandas das instituições de ensino superior, principalmente no tocante ao desenvolvimento da pesquisa científica e da tecnologia –, que as fundações de apoio brotaram no interior das universidades, como forma de auxiliá-las em sua gestão.

Foi por meio dessas fundações de apoio que as universidades puderam estabelecer parcerias entre o setor público e o privado sem as restrições administrativas características da administração pública, dotando-as de eficiência e eficácia na captação e no gerenciamento de recursos extra-orçamentários. Assim, tornaram-se indispensáveis para a gestão e o desenvolvimento das instituições de ensino superior.

A existência das fundações de apoio não é recente. Há indícios que datam da década de 30. Entretanto, com a conformação atual, têm-se registros de que a Fundação Ceciliano Abel de Almeida, de apoio à Universidade Federal do Espírito Santo, no ano de 1977, foi uma das primeiras. Deve-se ressaltar que a década de

90 foi a mais profícua na instituição de novas fundações. Atualmente (em 2008), estão credenciadas no MEC/MCT, 111 (cento e onze) fundações de apoio.

Segundo Telca Maria MALHEIROS¹⁴, a região Sudeste do país é a que mais concentra fundações de apoio, com 44%, seguida do Nordeste com 20% , Sul com 16%, Centro-Oeste com 15%, e região Norte com 5%, sendo Minas Gerais o estado que mais concentra fundações de apoio, com 17% do total delas, seguido dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

3.2 A NATUREZA JURÍDICA

As fundações de apoio às instituições de ensino superior têm a natureza de fundações privadas, particulares, regidas pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil, criadas a partir da aprovação de seus atos constitutivos e do registro de seus estatutos no Ministério Público. O fato de auxiliarem e fomentarem as atividades de ensino, pesquisa e extensão das universidades, não faz com que elas percam sua natureza de direito privado, nem tão pouco as transforma em outra categoria jurídica que não a de fundação privada; pode-se considerá-las como ente de colaboração não-estatal. O Estado não está obrigado a destinar-lhe dotação orçamentária, mas poderá repassar recursos de fomento (subvenção social), ou valores correspondentes ao pagamento pela prestação de serviços.

3.3 A BASE LEGAL

¹⁴ Em "Fundações de Apoio: origem, finalidade e contexto atual". Monografia apresentada em 2002 ao Departamento de Administração da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de Especialista em Gestão de Organizações sem Fins Lucrativos.

Cabe esclarecer que neste tópico se fará apenas a apresentação superficial dos dispositivos que dão suporte legal às fundações de apoio. A análise mais aprofundada de cada um desses dispositivos será feita mais adiante, quando se tratar das relações das instituições de Públicas de Ensino Superior e suas fundações de apoio, sob a ótica dos órgãos de fiscalização e controle.

A Lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994 qualificou pela primeira vez as fundações de apoio como “instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico”. Essa lei tornou-as fundações de um tipo especial, pois além de serem regidas pelo Código Civil, sujeitam-se ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência e Tecnologia.

A Lei 8.958 permitiu que as Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e os Institutos de Pesquisa Científica e Tecnológica – IPTCs, pudessem contratar diretamente, com dispensa de licitação as fundações de apoio, para executar as atividades acima referenciadas. Além disso, permitiu a participação dos servidores das IFES e IPCTs nas atividades realizadas pelas fundações de apoio, sem prejuízo de suas atribuições funcionais.

O Decreto nº. 5.205, de 14 de setembro de 2004, regulamenta a Lei 8.958/94 que, dentre outras atribuições, definiu como sendo IFES as universidades federais, faculdades, faculdades integradas, escolas superiores e centros federais de educação tecnológica, vinculados ao Ministério da Educação.

O Decreto nº. 5.205:

i) Definiu o conceito de “desenvolvimento institucional”, vinculando-o ao plano institucional aprovado pelo órgão superior da instituição;

ii) Autorizou independentemente do regime de trabalho, a participação não remunerada de servidores da instituição apoiada, e sem prejuízo de suas atribuições funcionais, a ocupar cargos na fundação de apoio desde que autorizado pela instituição apoiada;

iii) Conceituou as bolsas de ensino, pesquisa e extensão a que se refere a Lei 8.958/94;

iv) Condicionou o credenciamento ou o recredenciamento das fundações de apoio ao MEC/MCT à apresentação da ata da reunião do Conselho Superior competente da IFES ou IPCT a ser apoiado, concordando com o credenciamento ou recredenciamento da interessada como sua fundação de apoio; e

v) Estabeleceu que anualmente, ou sempre que exigido pela instituição apoiada, a fundação de apoio deverá submeter balanço e relatório de gestão e de atividades, à apreciação do órgão colegiado competente da instituição apoiada.

A Lei nº. 10.973, de 02 de dezembro de 2004 – a chamada Lei de Inovação – define o que é fundação de apoio, além de estimular a aliança entre esta e as instituições de ciência e tecnologia e de fomento.

O Decreto nº. 5.563, de 11 de novembro de 2005, regulamenta a Lei de Inovação.

Além desses instrumentos normativos, diz respeito às fundações de apoio, a Portaria Interministerial nº. 3.185, de 14 de setembro de 2004, expedida pelo Ministério da Educação e Ministério da Ciência e Tecnologia, que trata do cadastramento das fundações de apoio, conforme determinação do Decreto 5.205/2004. Em 14 de abril de 2008 foi expedida a Portaria interministerial nº. 475/MEC/MCT, que complementa as instruções e as condições para o cadastramento das Fundações de Apoio, junto àqueles ministérios.

3.4 A POLÍTICA NACIONAL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA

Para melhor situar a existência das atuais fundações de apoio às instituições de pesquisa científica, vale reportarmos-nos ao sistema de gestão da política de Ciência e Tecnologia – C&T do Estado Brasileiro.

A gestão e a coordenação dos esforços para o desenvolvimento da Ciência e da Tecnologia, em nosso país, sempre estiveram a cargo da iniciativa governamental. Conseqüentemente, com as características da Administração Pública. No período colonial, essa preocupação esteve ausente. O século passado foi marcado por iniciativas que além de tímidas eram descontínuas, esporádicas.

Após o término da Segunda Guerra Mundial é que as preocupações com a Ciência e a Tecnologia emergiram, com a conscientização de que não se constrói uma sociedade desenvolvida sem uma política de Ciência e Tecnologia.

No período pó-guerra houve também o desenvolvimento do sistema universitário. O que havia antes eram escolas profissionais (direito, engenharia, medicina) de nível superior. Eram pouquíssimas as universidades. Nos anos cinqüenta, deu-se início à criação das agências federais voltadas especificamente à gestão da política de Ciência e Tecnologia. No ano de 1951 foram criados o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, e a Coordenação de Aperfeiçoamento do pessoal do Ensino Superior – CAPES, junto ao então Ministério da Educação e Cultura. Depois se criou a Financiadora de Estudos e Projetos. O Ministério da Ciência e Tecnologia – FINEP, nos anos sessenta. Porém só recentemente o MCT consolidou-se como um Ministério de importância dentro da Administração Federal.

A política de Ciência e Tecnologia foi preponderantemente estabelecida pela União, sendo inexpressiva a participação dos estados, com exceção do estado de São Paulo. Atualmente, outros estados têm imprimido uma política de Ciência e Tecnologia mais ativa, com a criação e o fortalecimento de sistemas estaduais de ensino superior e de institutos estaduais de pesquisa científica. O Estado do Paraná, por exemplo, mantém seis universidades estaduais, sete faculdades, uma fundação de fomento à Ciência e Tecnologia, e vários institutos de pesquisa científica e tecnológica. Além disso, instituiu um fundo constitucional de apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico do Estado.

A ampliação e o fortalecimento do sistema universitário federal e estadual foram decisivos para o desenvolvimento e solidificação do sistema nacional de Ciência e Tecnologia. Isso permitiu articular e instituir um sistema de pós-graduação *stricto sensu*, inexistente no país até o final da década de sessenta, cujos passos foram alargados nas décadas de setenta e oitenta. Sem a formação e o desenvolvimento dos recursos humanos – por meio dos programas de pós-graduação, abrigados pelas universidades brasileiras –, seria impossível alcançar o desenvolvimento científico e tecnológico vigente.

Mesmo assim, o sistema de Ciência e Tecnologia no país se mantém restrito. Isso porque, sendo a política de C&T no Brasil matéria preponderantemente discutida na esfera pública, o setor produtivo fica de fora. Mesmo quando há participação desse setor, ela é feita por meio de empresas estatais, como PETROBRÁS, EMBRAER, ELETROBRÁS, NUCLEBRÁS que, se em alguns casos, não produzem ciência, estão envolvidas com o desenvolvimento tecnológico.

A razão dessa ausência tem que ser buscada na política industrial levada a efeito desde o início do processo de industrialização até os dias de hoje, porém tal assunto, embora a elevada pertinência do tema, não é objeto deste estudo.

O estado brasileiro não conseguiu estabelecer e seguir um sistema de administração pública ajustado com as exigências de racionalidade da Administração. Assim, na medida em que a gestão das políticas de Ciência e Tecnologia é desenvolvida pelo setor público, a qualidade da performance das instituições dirigidas para a gestão de C&T, suportam os mesmos males da administração pública brasileira.

Muitos são os obstáculos e limites impostos à Administração Pública Brasileira. Dentre eles citamos os que mais afetam setor científico:

- O sistema de mérito, estruturando a carreira pela qualificação e avaliações sistemáticas, só atingiu alguns setores, como as forças armadas, a diplomacia, setores da administração fazendária, segmentos da polícia e do poder judiciário;

- A tradição clientelista e patrimonialista da Administração Pública, em oposição a um sistema racional de administração com profissionalismo e competência. Essa tradição é fruto de uma mentalidade de serviço público voltada ao atendimento dos interesses e realidades da sociedade; e

- Tendo como característica o desprezo pelo cidadão – enquanto pagador antecipado e compulsório de serviços –, e a falta de foco nas tarefas, o sistema de administração pública brasileiro volta o seu foco para si mesmo, tendo como consequência inevitável o surgimento do corporativismo. Assim, a qualidade dos serviços prestados ao cidadão é pobre e de custos elevados.

Sobre esse assunto, é oportuno transcrever o pensamento preciso de Carlos Osmar BERTERO:

Os órgãos governamentais de C&T por estarem inseridos num aparato administrativo patrimonialista e clientelista que não é conflitante com um sistema burocrático de administração quando se trata de defender posturas corporatistas e desenvolver “ritualizações administrativas” que incluem prazos, deferências, respeito por aspectos formais dos procedimentos administrativos e um processo decisório relativamente centralizado e onde se procura separar da decisão aqueles que serão diretamente atingidos por ela. Toca-se aqui num ponto bastante delicado. O administrador público reclamará a manutenção do seu “espaço decisório” em nome da preservação de sua autonomia face a pressões que podem parecer indevidas ou mesmo ilegítimas. Afinal o “lobbying” pode ter vários usos, nem todos eles inteiramente aceitáveis do ponto de vista dos que tomam decisões que envolvam políticas públicas e gestão de recursos públicos. O processo decisório centralizado, fazendo uso de instâncias burocráticas, pode ser entendido como o “espaço do Estado”, que o distingue e separa da sociedade civil. Tal visão abre a perspectiva do “servidor público” investido de missão de guardião e supostamente investido de neutralidade e eqüidistância, face aos diversos interesses dos grupos que constituem a sociedade civil.¹⁵

Prossegue ainda o referido autor:

É esta concepção do “espaço decisório” que merece cautela. Há elementos inerciais na própria formação do servidor público e há também uma tendência de as organizações envolvidas com C&T serem levadas a acompanhar a tendência predominante na máquina administrativa. Apesar dos fatores aqui revistos servirem à centralização decisória, acreditamos que ela deve ser evitada e resistida, simplesmente porque até o momento o centralismo e a manutenção de instância e espaços decisórios não foram capazes de impedir o uso inadequado de recursos públicos ou a formulação de políticas públicas que carecessem de universalidade e que, portanto, atendem a interesses particularistas. Ao contrário, o centralismo e o distanciamento acabam por favorecer tais práticas.¹⁶

Assim, torna-se necessário que os esforços empreendidos para que as organizações voltadas à formulação de políticas de C&T e à sua implementação e gestão – embora inseridas num contexto institucionalmente inadequado –, se façam no sentido de mantê-las como excepcionais no sistema de administração pública, mantendo e melhorando os elementos de modernidade que já possuem e consigam

¹⁵ Ciência e Tecnologia no Brasil: Uma nova Política para um Mundo Global. Trabalho que faz parte de um estudo realizado pela Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, por solicitação do Ministério da Ciência e Tecnologia e do Banco Mundial, dentro do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PADCT II) publicado pela editora da FGV, 1995, parte IV, p. 11.

¹⁶ Idem.

adquirir novos elementos que lhes possibilitem funcionar com articulação na formulação, e com agilidade na coordenação e execução das políticas de C&T.

3.5 A FINALIDADE DAS FUNDAÇÕES DE APOIO

Dos reflexos de arranjos produzidos no interior das universidades, como forma de afrouxar as ataduras burocráticas a que estão submetidas, é que surgem as fundações de apoio. Essas entidades produziram mudanças na burocracia universitária, abreviando caminhos administrativos. Reportam-se a instâncias mais ágeis de controle do Estado (Ministério Público) e internamente, deslocaram o poder gerencial da pesquisa científica no organograma oficial das universidades.

Resumidamente, as fundações de apoio passaram a funcionar como ferramentas de desburocratização, tornando mais ágil a gestão acadêmica.

Do ponto de vista da legalidade, as fundações de apoio têm dois momentos, cujo divisor é a Lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994.

Antes dessa Lei, a existência e a atuação dessas fundações não tinham amparo legal. Assim é que o por parte do Tribunal de Contas da União – TCU, muitas foram as deliberações no sentido de se corrigir procedimentos irregulares, sendo que por várias vezes foi indicado o caminho da sua extinção.

O Poder Legislativo, em atendimento às demandas das universidades na conquista de maior liberdade de ação sob o ponto de vista administrativo, de modo a flexibilizar as regras clássicas vigentes sobre a administração pública, aprovou a Lei 8.958/94, de iniciativa do Poder Executivo.

Não é propósito de este estudo deter-se sobre as fundações constituídas antes da Lei 8.958/04, porém para se estabelecer um vínculo lógico com os

acontecimentos, é necessário fazer referência a elas, porque sua existência e atuação foram fatores que contribuíram para o estágio atingido pelas atuais fundações de apoio.

Não obstante a referida Lei trouxesse significativos avanços para a causa das universidades, ela não foi tão pródiga como esperavam os seus dirigentes. Isso porque não poderia ela se contrapor aos instrumentos já consagrados na Constituição Federal e em outras legislações precedentes, como por exemplo, a Lei 4.320/64 e o Decreto 93.872/86 que trata das formalidades e condições de execução do gasto público; do Decreto-lei 53/66, que instituiu as universidades federais; do Decreto-lei 2.300/86; e do Decreto-lei 200/67. Não esquecendo da Lei 8.666/93, que regulamenta o processo licitatório.

A contribuição maior da Lei 8.958/94 reside sem dúvida na formalização e no embasamento legal à existência das fundações de apoio.

O art. 1º da Lei 8958/94, sucintamente indica a finalidade das fundações de apoio ao estabelecer que:

Art. 1º As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

A exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei que originou a Lei em comento, explicita melhor as finalidades dessas organizações:

...criadas com o objetivo de auxiliá-las na captação e gerenciamento de recursos extra-orçamentários, oriundos de diversas agências de financiamento nacionais e internacionais para o desenvolvimento de projetos de pesquisa, ensino e extensão.

Prossegue ainda a referida exposição:

Neste contexto, as Fundações de Apoio cumprem funções específicas, especializando-se no conhecimento de políticas de atuação e procedimentos das agências de financiamento e fomento, nacionais e internacionais, no assessoramento à elaboração de projetos compatíveis com essas fontes e gerenciamento dos recursos obtidos, com individualizada para cada projeto.

Pode-se entender pelo que consta na exposição de motivos, que tal apoio pode ser para a captação de mais recursos (quase sempre insuficientes) pelas restrições dos orçamentos públicos frente às necessidades (sempre crescentes) da infra-estrutura da pesquisa, como também para o gerenciamento desses recursos mediante uma gestão mais ágil e flexível.

Marco Aurélio de Souza, Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, afirma que:

... parece-nos válido reconhecer nas fundações de apoio tanto a figura de um escritório de contratos de pesquisa quanto a de um escritório de transferência de tecnologia. No primeiro caso, teria uma postura menos ativa, apenas realizando a mediação entre universidades e empresas, dando consequência a entendimentos já (iniciados) de interesse dessas partes. No segundo, promoveriam diretamente a pesquisa cujos resultados pudessem interessar ao setor empresarial, buscando, assim, clientes para futuros negócios, ou identificariam e trariam para a universidade, demandas externas, viabilizando os acertos para seu atendimento.¹⁷

¹⁷ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 230.

4 AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE AS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR E SUAS FUNDAÇÕES DE APOIO, FRENTE AOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

Conforme dito anteriormente, antes da edição da Lei 8.958/94, as fundações de apoio careciam de base legal de existência e atuação, razão pela qual os órgãos de controle e fiscalização, dentre eles o Tribunal de Contas da União, propugnaram pela extinção de tais fundações.

Com a edição da Lei 8.958, em 20 de dezembro de 1994, as fundações instituídas a partir dela, passaram a ter sua existência legitimada.

4.1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU

Para melhor compreender as restrições feitas pelos órgãos de controle externo, é preciso uma análise detalhada da Lei 8.958/94, de modo a melhor fixar seu alcance e limitações.

Em seu artigo 1º, a Lei 8.958/94 autoriza as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica a contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1983, e por prazo determinado, as instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

É interessante observar que no anteprojeto de lei nº. 4.460/94, que deu origem à Lei 8.958/94, o art. 1º não autorizava a contratação com dispensa de licitação. Esse artigo tinha a seguinte redação:

As instituições federais de ensino superior poderão utilizar-se para a consecução de seus objetivos, de fundações de apoio, criadas com a finalidade de colaborar e dar suporte a projetos de pesquisa, ensino e extensão, e ao desenvolvimento institucional, científico e tecnológico daquelas instituições. A redação final, transformada em lei, é fruto de contribuições, por meio de emendas, durante o processo legislativo.

4.2 A DISPENSA DE LICITAÇÃO

Como a Lei 8.958/94, além de estabelecer algumas condições para a contratação das fundações de apoio, condiciona a autorização para contratar com dispensa de licitação a observância do inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, é necessária uma análise das exigências desse artigo da Lei de Licitações, em conjunto com as condições impostas pela Lei das Fundações. Essas exigências são de duas naturezas: subjetiva (ou seja, dizem respeito ao sujeito a ser contratado) e objetiva (importando-se com o objeto do contrato).

No tocante aos requisitos referentes à pessoa do contratado, que chamaremos de requisitos subjetivos, tais entidades devem ser:

a) incumbidas regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional: estas finalidades estatutárias devem estar expressas nos respectivos estatutos ou atos constitutivos, e terão de corresponder ao objeto do contrato (ex: se o contrato tiver por objeto um curso ou outra ação de ensino, apenas aqueles que detenham tal finalidade estatutária poderão ser cogitados para contratação.¹⁸

b) de inquestionável reputação ético-profissional, assim entendida como a ausência de restrições à sua atuação em quaisquer âmbitos (a exemplo de descumprimento reiterado de obrigações trabalhistas, tributárias, previdenciárias ou

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004. p. 253.

ambientais, ou de descumprimento de obrigações contratuais anteriores com qualquer ente público, ou de restrições ou punições à sua atuação, provindas da entidade de fiscalização profissional respectiva). Para tanto a fundação a ser contratada deverá gozar de elevado conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, que permitam concluir que é esta instituição a que poderá realizar o melhor trabalho sendo, portanto, a mais adequada para execução do objeto do contrato; e

c) sem fins lucrativos, o que deve também ficar expresso nos estatutos (que inclusive devem prever sobre a destinação de eventuais superávits econômicos da atividade da instituição), tomando-se cuidado aí para examinar, nas disposições estatutárias e na execução financeira (especialmente por demonstrativos contábeis), a existência de procedimentos variados que signifiquem distribuição disfarçada de lucros a burlar as finalidades não-lucrativas declaradas.

Embora não seja uma exigência do art. 24 da Lei 8.666/83, fazem parte também do critério de regularidade de contratação relativo à pessoa do contratado, as condições estabelecidas na Lei 8.958/94 e no Decreto 5.205/2004.

O art. 2º da Lei 8.958/94, I, II e III, impõe ainda alguns condicionantes adicionais. Tais entidades contratadas devem ser:

a) Fundações de direito privado, constituídas na forma do Código Civil Brasileiro; (nota de rodapé com nº. do art. 62 e 69 Código Civil)

b) sem fins lucrativos, como já se apresentou anteriormente;

c) fiscalizadas pelo Ministério Público, o que é uma consequência automática da natureza jurídica de fundação privada, nos termos do Código Civil;

d) sujeitas à legislação trabalhista; e

e) previamente registradas e credenciadas, com renovação bienal, no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia (credenciamento atualmente regulado pela Portaria Interministerial MEC/MCT no 3.185, DOU 08.10.2004). É necessário, a esse respeito, o cuidado simples de juntar ao processo de contratação, cópia do comprovante desse credenciamento.

O Decreto 5.205/04, que regulamenta a Lei 8.959/94, adicionou outros requisitos à condição das pessoas jurídicas contratadas, relacionados ao vínculo da fundação com a instituição apoiada. Em seus artigos 8º e 9º acrescenta condições para que os Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia defiram o credenciamento para os fins do art. 4º da Lei 8.958/94. As fundações somente serão credenciadas se:

- a) o Conselho Superior da IFES formalizar a sua anuência ao credenciamento e aprovar os relatórios de atividades da fundação; e
- b) a fundação apresentar à IFES seus relatórios de gestão e demonstrativos contábeis, anualmente ou sempre que solicitados por aquela.

Há também no Decreto 5.205/2204, algumas restrições concernentes às relações do pessoal das IFES com as fundações para que o credenciamento seja aceito.

Abordam-se as restrições à cessão de pessoal neste ponto do trabalho, porque nos parecem constituir também pré-requisitos à contratação, na medida em que o seu descumprimento implica obrigatoriamente o não-credenciamento. Entretanto a abordagem será mais detalhada em tópico específico quando se discutirá as restrições para esse tipo de contratação.

Os membros da Diretoria e Conselhos das fundações não poderão ser remunerados. Em contrapartida, a assunção das responsabilidades inerentes é

permitida aos servidores das IFES apoiadas, desde que o façam sem prejuízo das atribuições funcionais na universidade (sendo isto expressamente facultado para todos os regimes de trabalho, inclusive os de dedicação exclusiva). Dito isso, fica claro que toda e qualquer participação dos servidores nas atividades da fundação é eventual e esporádica, sem implicar afastamento do cargo e das atribuições dos servidores na universidade, somente podendo ocorrer na execução de contratos nos termos exatos da Lei 8.958/04, ou neste caso excepcional, de participação em tempo parcial em funções diretivas superiores, segundo o art. 4º do Decreto 5.205/2004.

Como descrito anteriormente, os requisitos indispensáveis à contratação não se restringem à natureza da fundação contratada – critérios subjetivos. Há que se observar toda uma série de critérios relativos à finalidade do contrato, ao seu objeto e às características, que são também requisitos de natureza objetiva, para a sua validade.

Em primeiro lugar, o artigo 1º da Lei 8.958/94 fala em contratação para apoio a projetos. O contrato válido pressupõe então:

- a) um projeto previamente definido e especificado pela instituição contratante;
- b) que guarde correlação direta com atividade de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico; e
- c) que a atividade seja desenvolvida pelo contratante e pelo contratado.

Explicitaremos melhor a definição acima: a instituição tem que formular previamente à contratação, um projeto (cujo produto é um serviço ou bem, absolutamente definido e mensurável, com programação de etapas perfeitamente claras) que tem que ser aprovado formalmente pela instituição contratante

(exigência do art. 1, § 4o, do Decreto 5.025/2004). Em se tratando de contrato público, é preciso atentar para a precisão do projeto, que deverá ser no sentido técnico administrativo das expressões que contém.¹⁹

Como bem lembra Jacoby FERNANDES, como a Lei permite a dispensa de licitação, exatamente para fomentar ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional, não há qualquer razão plausível para que contratos que não tenham tais finalidades sejam acobertados pelo privilégio concedido.²⁰

Sendo o projeto um instrumento do contrato, como elemento de justificação da contratação sua especificação detalhada deve integrar o processo de dispensa de licitação, por exigência do art. 26, § único, da Lei 8.666/93. O projeto tem ainda que estabelecer correlação direta com atividade de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, ou seja, com a atividade-fim da entidade contratante.

Ainda sobre esse requisito, o art. 1º da Lei 8.958/94 estabelece que a parceria entre as instituições de ensino superior e suas fundações de apoio será para o exercício das três vias de atuação educacional:

Pesquisa – que produz, gera conhecimento na medida em que desenvolve análises científicas que aproximam os indivíduos da “verdade”;

¹⁹TCU (Decisão 1646/2002 – Plenário): 8.4.5.2.6 – o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico.

(Decisão 655/2002 – Ata ano 21/2002– Plenário); 8.4.5.2.7 – para efeitos desta determinação, um projeto tem produtos específicos e concretos que materializem os objetivos gerais da ação administrativa; uma duração temporária pré-definida e limitada de suas operações; e uma consequência nítida de expansão quantitativa ou qualitativa (aperfeiçoamento) da instituição em função da realização de seus produtos, sendo normativamente definido como “um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo” (Portaria 42/99, art. 2º, alínea ‘b’ do Ministério do Orçamento e Gestão, DOU 15.04.99).

²⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 412.

Ensino – que se consubstancia na atividade didática para a promoção de qualquer conhecimento; e

Extensão – que comporta todos os itens anteriores e possibilita o atendimento à comunidade das suas demandas de educação.

O Fórum Nacional de Pró-Reitores de Extensão, promovido pelo MEC e realizado no ano de 1987, apresentou o seguinte conceito de extensão:

A Extensão é um processo educativo, cultural e científico que articula o ensino e a pesquisa de forma indissociável e viabiliza a relação transformadora entre a Universidade e a sociedade. São objetivos da Extensão: articular o ensino e a pesquisa com as demandas da sociedade, buscando o comprometimento da comunidade universitária com interesses e necessidades da sociedade organizada, em todos os níveis (sindicatos, órgãos públicos, empresas, categorias profissionais, organizações populares e outros organismos) e estabelecer mecanismos de integração entre o saber acadêmico e o saber popular, visando uma produção de conhecimento resultante do confronto com a realidade, com permanente interação entre a teoria e a prática.

Questão polêmica é a multiplicidade de interpretações dada à expressão “desenvolvimento institucional”, uma vez que a expressão tem, por si só, uma natural amplitude. Mesmo a análise isolada do significado de cada uma das palavras que compõem a expressão, oferece auxílio para a tarefa de delimitar sua exata extensão.

Institucional é tudo aquilo que pertence, é relativo ou próprio de uma instituição que, segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, significa coisa instituída ou estabelecida; instituto: instituições legais. Associação ou organização de caráter social, educacional, religioso, filantrópico, etc. O mesmo Dicionário atribui à palavra desenvolvimento o significado de adiantamento, crescimento, progresso. Assim, “desenvolvimento institucional” compreende

aquelas ações que levam ao progresso, crescimento, à melhoria ou aperfeiçoamento de uma instituição.

No caso das instituições de ensino superior, desenvolvimento institucional é toda ação voltada para fortalecer a sua missão principal, que é gerar, disseminar e transferir conhecimento e tecnologias, promovendo a formação acadêmica e profissional de qualidade.

José Eduardo Sabo PAES, entende que não pode ser considerado desenvolvimento institucional qualquer ato que venha a colaborar no custeio ou na manutenção, como por exemplo, reforma de instalações, serviços genéricos de consultoria organizacional, serviços de jardinagem, copeiragem, cozinha, limpeza e vigilância predial. Diz o autor, que mesmo a construção de um hospital não deve ser considerada como desenvolvimento institucional, pois a prestação de serviços de saúde não é a missão principal de uma instituição de ensino superior.²¹

O Secretário de Controle Externo do TCU, Ismar Barbosa Cruz, acerca dessa questão tem o seguinte entendimento:

... os contratos para a execução de projetos de desenvolvimento institucional, devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e da eficiência no desempenho da instituição beneficiada. Chamo a atenção para a melhoria mensurável; não basta apenas uma declaração, é necessário que se possa medir a melhoria que se está alegando para a contratação.

Manutenção e desenvolvimento institucional não se confundem embora o legislador quisesse diferenciá-los, isso não ocorreu no caso do relacionamento da lei das fundações de apoio. Nesse sentido, não cabe a contratação para a atividade de manutenção da instituição a exemplo do serviço de limpeza, vigilância e conservação predial. Eu não consigo vislumbrar em que nível de pesquisa, de conhecimento novo e de investimento em tecnologia poderia se enquadrar serviços tão simples. Portanto, conceito de desenvolvimento institucional não pode açambarcar esse tipo de serviços comum.²²

²¹ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 232.

²² Ibidem, p. 234.

Finalmente, uma última questão relativa ao objeto das contratações deve ser abordada neste estudo. Trata-se das atividades de “cultura”. O art. 1º da Lei 8.959/94, quando relaciona as atividades a serem objeto de projetos diz que são os de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional. Não está expresso a cultura como objeto de projeto a ser contratado com dispensa de licitação.

Porém, é imprescindível registrar que a Constituição Federal de 1988, nos seus artigos 215 e 216 buscou garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso a toda e qualquer fonte da cultura nacional. Isso limita a ação do Estado, obrigando-o a respeitar a autodeterminação cultural do cidadão em suas diversas formas de manifestação. Igualmente, a Constituição atribui ao Estado o dever de democratizar a cultura e preservar sua diversidade ao proteger a manifestação das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras.

O legislador constituinte escreveu que constitui patrimônio cultural dos brasileiros os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as criações científicas e tecnológicas.

A doutrinadora Maria Helena DINIZ entende que “cultura no sentido amplo pode abranger a educação, inclusive ambiental, a pesquisa científica, a preservação do patrimônio cultural, a valorização e a difusão de manifestações culturais, o desenvolvimento intelectual, etc.”²³

Diante do exposto acima, é de se entender que projetos que tenham por objeto a cultura estão albergados pela liberalidade contida no art. 1º da Lei 8.958/94.

²³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.211.

Com respeito aos requisitos objetivos para a dispensa de licitação, trataremos agora do terceiro e último requisito - que essa atividade seja desenvolvida pelo contratante e pelo contratado. Assim, o contrato não pode ser senão para executar projetos de ensino, pesquisa, e extensão e desenvolvimento institucional desenvolvidos diretamente pela contratada. Nesse sentido, o art. 30, inciso II e parágrafos da Lei 8666/93, exigem que a administração pública se assegure de que todo e qualquer contratado (independentemente da dispensa de licitação) demonstre “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação”, isto sempre mediante atestados de serviços prestados anteriormente a entidades públicas e privadas.

Da interpretação do art. 30 da Lei das Licitações, é possível concluir que não se pode contratar uma fundação para um serviço que ela não poderá executar, subcontratando-o a terceiros. Isto porque contrata-se uma fundação com base num dispositivo legal que tem a característica de uma exceção aos princípios da licitação. Porém, se essa fundação transfere os recursos e a responsabilidade do contrato a um terceiro, que não tem em suas finalidades estatutárias aquelas que a lei pretendia fomentar, e não tem natureza não-lucrativa, estar-se-ia diante de uma burla da licitação, proibida pelos arts. 13 § 3º, e 78, inciso VI da Lei 8.666/93.

Sobre esse assunto, Marçal Justem FILHO assim se posiciona, “A constatação de que a estrutura própria da instituição é insuficiente para gerar a

prestação adequada a satisfazer a necessidade estatal inviabiliza a aplicação do dispositivo” (art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93)”.²⁴

4.3 DA PARTICIPAÇÃO DOS SERVIDORES DA INSTITUIÇÃO APOIADA EM PROJETOS EXECUTADOS PELA FUNDAÇÃO DE APOIO

O art. 4º da Lei 8.958/94, no tocante à participação dos servidores das instituições apoiadas nos projetos executados pelas fundações de apoio, assim dispõe:

As instituições federais contratantes poderão autorizar, de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente, a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações referidas no art. 1º desta lei, sem prejuízo de suas atribuições funcionais.

§ 1º - a participação de servidores das instituições federais contratantes nas atividades previstas no art. 1º desta Lei, autorizadas nos termos deste artigo, não criará vínculo empregatício de qualquer natureza, podendo as fundações contratadas, para sua execução conceder bolsas de ensino, de pesquisa e extensão.

§ 2º - É vedada aos servidores públicos federais a participação nas atividades referidas no *caput* durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuada a colaboração esporádica, remunerada ou não, em assunto de sua especialidade, de acordo com as normas referidas no *caput*.

§ 3º - É vedada a utilização dos contratos referidos no *caput* para a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou atender necessidades de caráter permanente das instituições federais contratantes.

Diante dessa questão, o TCU por meio do Acórdão nº. 700/2005, Relator Ministro Guilherme Palmeira (ata 19/2005 – Plenário, sessão 1-6-2005, DOU de 10-6-2205), entendendo que deve haver uma maior controle na participação de servidores em atividades da fundação de apoio, assim decidiu:

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op., cit, p.255

Devem as IFES melhorar o controle sobre as atividades extra-funcionais de seus servidores, especialmente dos docentes, de modo a não serem incompatíveis com o regime de trabalho por eles desenvolvidos nas IFES; Assegurar que a participação de pessoal docente e de técnicos administrativos somente ocorra 1) com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, de ensino e de extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, 2) que seja de interesse das instituições federais contratantes, 3) por prazo determinado nos referidos ajustes e 4) desde que não interfira na jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuadas as colaborações esporádicas que tratem de assuntos afetos à especialidade de cada servidor participante.

O TCU, em seu Acórdão 1.651/2005, Segunda Câmara, assentou que os docentes, mesmo sob regime de dedicação exclusiva podem exercer outra atividade, desde que eventualmente e observados esses três pontos:

1º Professor da carreira do magistério superior, submetido ao regime de dedicação exclusiva, não pode se dedicar, de forma continuada, a qualquer outra atividade, admitindo-se apenas, em caráter eventual, a sua participação em atividades estranhas ao magistério superior e desde que no âmbito da própria universidade em que está lotado.

2º Deve ser observada a vedação à realização de outras atividades de caráter não esporádico pelos docentes que atuam naquelas instituições em regime de dedicação exclusiva, devendo essa vedação alcançar inclusive a prestação de serviços remunerados ou não, para as fundações de apoio àquelas instituições.

3º Os professores que desejarem, sempre sem prejuízo de sua jornada de trabalho normal na instituição federal de ensino superior a que servem, exercer outras atividades de caráter não esporádico deverão optar, quando juridicamente possível e do interesse da Administração, pelo regime parcial de 20 horas semanais ou pelo regime integral de 20 horas semanais sem exclusividade de dedicação, com conseqüente perda do acréscimo remuneratório devido à dedicação exclusiva.

Fica claro que o entendimento do TCU no tocante à participação de docentes e pesquisadores nas atividades de terceiros, deve ser compatível com a carga horária adotada pelo docente, de forma a não comprometer sua atividade acadêmica regular.

No que tange aos docentes sob o regime de dedicação exclusiva, o TCU, em seu Acórdão 3.067/2005 – Primeira Câmara, sessão de 6-12-2005, Relator Ministro Guilherme Palmeira, firmou entendimento de que a atividade prevista na Lei

8.958/94 deverá ser de caráter esporádico, independente de ocorrer dentro ou fora da jornada de trabalho.

Segundo esse entendimento, quando um professor em regime de dedicação exclusiva recebe pagamento quando ministra curso de longa duração promovido pela fundação de apoio, está havendo duplicidade de pagamento. Isto porque essa atividade não é esporádica, visto que o curso é de longa duração, e a atividade de ministrar cursos já integra as atribuições inerentes ao cargo de professor. Em havendo remuneração pelos referidos cursos, considera-se duplicidade no pagamento. (fato constante do relatório da Decisão 404/2002-1 e presente no Acórdão 418/2005 – Primeira Câmara, Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, sessão de 15-3-2005).

4.4 DAS BOLSAS DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO

O parágrafo 1º, do art. 4º da Lei 8.958/94, diz que as fundações contratadas poderão conceder bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão aos servidores da apoiada, para a execução de suas atividades.

O Decreto 5.205/2004, em seu art. 6º, regulamenta a concessão de bolsas referidas no art. 4º da Lei 8.954/94, afirmando constituírem-se doação civil a servidores das instituições apoiadas para a realização de estudos e pesquisas e sua disseminação à sociedade, cujos resultados não revertam economicamente para o doador ou pessoa interposta, nem importem em contraprestação de serviços.

Em seus parágrafos, o art. 6º do Decreto 5.205/2004 definiu as três modalidades de bolsa. No parágrafo 1º diz que a bolsa de ensino constitui-se em instrumento de apoio e incentivo a projetos de formação e capacitação de recursos

humanos. A bolsa de pesquisa constitui-se em instrumento de apoio e incentivo à execução de projetos de pesquisa científica e tecnológica (parágrafo 2º). O parágrafo 3º informa que a bolsa de extensão constitui-se em instrumento de apoio à execução de projetos desenvolvidos em interação com os diversos setores da sociedade que visem ao intercâmbio e ao aprimoramento do conhecimento utilizado, bem como ao desenvolvimento institucional, científico e tecnológico da instituição federal de ensino superior ou de pesquisa científica e tecnológica apoiada.

Convém ressaltar que como instituto jurídico, a bolsa ensino, pesquisa e extensão está disciplinada no art. 538 e seguintes do Código Civil de 2002, *verbis*:

Art. 538 – Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outro.

[...]

Art. 540 – A doação feita em contemplação do merecimento do donatário não perde seu caráter de liberalidade, como não o perde a doação remuneratória, ou gravada, no excedente ao valor dos serviços remunerados ou ao encargo imposto.

Art. 541 – a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Entretanto, para manter o caráter de liberalidade, a doação com encargos ou remuneração deve observar as condições previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Nesse sentido, apresentamos o entendimento do Dr. Marcos Antonio Meneguetti, no Parecer PGFN/CAJE nº 593/90:

A doação de valores, em pecúnia ou em bens, com encargos ou remuneração imputada ao donatário, somente manterá sua natureza civil

se o encargo ou remuneração não representar vantagem para o doador, sob pena de caracterizar-se a relação de emprego contra salário. Exemplificando: se o doador faz a doação de valor, seja em bens ou em pecúnia, mas atribui ao donatário o encargo de serviços a favor dele doador, na verdade se caracteriza contrato de emprego contra salário, *in natura* ou em bens, não se podendo vislumbrar o negócio civil da doação; se, todavia, o doador faz doação de valor, em bens, ou em pecúnia, atribuindo ao donatário o encargo de serviços, mas que não sejam a favor dele doador ou de pessoa interposta que lhe possa comunicar vantagem econômica, subsiste a doação civil como prevista no código Civil e não relação de emprego.²⁵

4.5 DA PROIBIÇÃO DE PAGAMENTO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO

O pagamento de taxa de administração ou a previsão de remuneração da Fundação, mediante um percentual sobre as despesas que realizar na execução do contrato ou sobre as receitas arrecadadas de terceiros a este título, é vedada legalmente para convênios nos termos do art. 116 da Lei 8.666/93.

Se as Fundações, por meio de sua atuação, prestam algum serviço, esse serviço pode ser especificado, mensurado e ter seu custo incluído explicitamente como cláusula contratual ou item de despesa do ajuste a ser firmado. Com essa medida, dá-se ao ajuste transparência e total conhecimento por parte dos órgãos financiadores. Essa forma de remuneração dos custos está expressa na exposição de motivos da Lei 8.958/94:

As despesas operacionais das Fundações de Apoio são cobertas pela remuneração dos serviços de gerenciamento de cada projeto, cujos recursos são previstos nos respectivos orçamentos financeiros para a sua execução.²⁶

Não há impedimentos para que as fundações sejam remuneradas, mas com base nos regimes da Lei 8.666/93. O tribunal de Contas da União tem a esse

²⁵ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 250.

²⁶ Exposição de motivos Projeto de Lei 4.560/94 – Diário do Congresso Nacional, Seção 1, pág. 4802-4803 de 06.04.1994.

respeito, firmado sua jurisprudência no sentido de que a remuneração da Fundação deve ser fixada “com base em critérios claramente definidos e nos seus custos operacionais”.

4.6 AS PRINCIPAIS IRREGULARIDADES CONSTATADAS PELO TCU

Para finalizar esse tópico, tendo em vista a complexidade de sua abordagem e a relevância para o estudo, trazemos as principais constatações de irregularidades feitas pelo TCU.

- Contratos/convênios com objetos não relacionados à pesquisa, ensino extensão ou ao desenvolvimento institucional. Tais objetos diziam respeito a atividades exclusivas das IFES, como serviços administrativos, obras, contratação de pessoal, atividades continuadas;

- Intermediação irregular da fundação de apoio em atividades próprias da universidade (realização de serviços gráficos, aluguel de imóveis, pagamento de impostos);

- Contratos e convênios com objeto genérico, ou com tempo indeterminado, ou sem vinculação a projeto específico;

- Execução de contratos por meio de faturas genéricas;

- Pagamento de taxa de administração em convênios ou contratos (no caso de contratos, sem previsão contratual ou sem justificativa de custos);

- Ausência de prestação de contas das fundações de apoio às IFES, em contratos e convênios;

- Antecipação de pagamento sem respaldo legal, contrariando o princípio da legalidade (CF/88, art. 37) e o disposto no art., 38 do Decreto nº. 93.872/96;

- Projetos básicos sem os elementos necessários e suficientes para a caracterização dos serviços objeto das contratações;
- Ausência de orçamentos detalhados dos custos dos serviços contratados;
- Repasse integral e não autorizado da execução de objeto de convênio a terceiros, com infringência ao art. 72, c/c art. 116, da Lei 8.666/93;
- Utilização de espaço físico da IFES sem respaldo contratual ou com improbidades no contrato; e
- Cessão irregular de servidores da IFES para a fundação de apoio.

4.7 ENTENDIMENTOS CONSOLIDADOS PELO TCU

4.7.1. As Contratações com Dispensa de Licitação

O inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93 somente autoriza a dispensa de licitação quando o objeto pretendido for correlacionado com as atividades de ensino, pesquisa, extensão e de desenvolvimento institucional, executadas pela instituição a ser contratada, ou seja; deve haver, comprovadamente, nexo entre esse dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual (Decisão nº. 252/1999 – Plenário).

4.7.2 A Abrangência da Expressão “Desenvolvimento Institucional”

Uma interpretação apressada da Lei poderia conduzir à ilação de que desenvolvimento institucional seria qualquer ato voltado para o aperfeiçoamento das instituições, para a melhoria do desempenho das organizações.

Não pode ser incluída nesse conceito a simples autorização de procedimentos, a aquisição de equipamentos mais eficientes, a reforma das instalações de uma unidade, a ampliação das opções de atendimento aos clientes, o treinamento de servidores, a reestruturação organizacional e ações em geral que signifiquem algum *plus* no relacionamento entre a Administração e a Sociedade. (Decisão nº. 30/2002 – Plenário).

Os contratos para a execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e da eficiência no desempenho da instituição beneficiada (Decisão nº. 655/2002 – Plenário).

A manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza predial (Decisão nº. 655/2002 – Plenário).

Dispensas com base no art. 24, inciso XIII, da Lei nº. 8666/93 que tenham por fundamento o desenvolvimento institucional, devem restringir-se a contratos que tenham por objeto a implantação direta de alguma forma de ação especificada na Constituição como de interesse do Estado. Dentre estes não se incluem os serviços genéricos de consultoria organizacional (Decisão nº. 655/2002 – Plenário).

4.7.3. A Vinculação do Contrato ao Projeto

O contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado, com a produção de bem definido, não cabendo a contratação

de atividades continuadas nem de objeto genérico desvinculado de projeto específico (Decisão 655/2002 – Ata nº. 21/2002 – Plenário)

4.7.4 A Taxa de Administração

A Taxa de Administração é proibida em convênios.

Nos casos de contratos, a remuneração da Fundação de Apoio deve ter previsão contratual, a ser fixada com base em critérios claros e definidos, levando em conta os custos operacionais.

4.7.5 Os Pagamentos Antecipados

Pagamentos antecipados em contratos só podem ser efetuados excepcionalmente, com justificativas e garantias (Acórdão nº. 1.626/2003 – Relação 37/2003 – 1ª Câmara e no Acórdão 1.810/2003 – Plenário).

4.7.6 O Objetivo do Convênio de Gerenciamento de Recursos Públicos

É vedada a celebração de convênios entre as IFES e as Fundações de Apoio com o objetivo de gerenciamento de recursos públicos.

4.7.7 As Restrições à Subcontratação

A dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, não cabe quando restar comprovado que a instituição não tem condições

de desempenhar as atribuições par as quais foi contratada (Decisão nº. 138/1998 – Plenário).

4.8 A JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Acórdão 1934/2004 – Plenário (01.12/2004):

Nos termos do novel Decreto, *desenvolvimento institucional* transforma-se em panacéia que permite escancarar a exceção esculpida no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações, exatamente no sentido oposto ao que emana da Constituição e do entendimento predominante na Corte de Contas, de que a licitação é regra e os casos em que se permite a sua dispensa constituem exceção.

Acórdão 1.934/2004 – Plenário (01.12.2004):

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (Súmula 347). Portanto, pode o TCU, ao apreciar um ato na sua esfera de competência, dar-lhe interpretação para conformá-lo à Constituição. Se a interpretação diversa lhe é oposta, ainda que fundada em dispositivo legal, está-se diante de flagrante inconstitucionalidade, tanto do ato, quanto do dispositivo legal.

Acórdão 1.934/2004 – Plenário (01.12.2004):

Determinação às IFES para que:

- Realizem licitação para a contratação de obras de construção e aquisição de produtos ou serviços a elas associados;

- Providenciem o aditamento do contrato firmado com a Fundação de Apoio para definir o objeto da contratação e a remuneração correspondente.

Acórdão 328/2005 – Plenário:

O elatério emprestado à interpretação das atividades ditas de “parceria”, “apoio” e de “cooperação” é notável. Em tal amplitude, pode até incluir a contratação de professores e técnicos para o exercício de atividades docente.

Acórdão 328/2005 – Plenário:

Ora, se ao Estado é defeso conferir privilégios às suas próprias instituições voltadas à exploração de atividade econômica, certamente também o será, favorecer organizações privadas da espécie das fundações de apoio – notadamente quando tal favorecimento for atentatório aos princípios da isonomia e da livre concorrência –, mediante a criação de “reservas de mercado” que distingam determinadas entidades em detrimento de outras.

Acórdão 328/2005 – Plenário:

Assim, a despeito do que dispõe o Decreto nº. 5.205/2004, considero que este Tribunal deva manter o entendimento que vem adotando até o presente, resguardando-se o direito de, no momento oportuno, e no exercício de suas atribuições, dar ao referido Decreto interpretação para conformá-lo à Constituição, nos termos da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

Acórdão 328/2005 – Plenário:

Determinar às IFES que só procedam a qualquer contratação de obra ou aquisição de produtos ou serviços que constituam objeto de atividade econômica de mercado, por meio de licitação, nos estritos termos da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, conduzidas por comissão constituída no âmbito da IFES, a teor do art. 51 da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 373/2005 – Plenário (06.04.2005):

Contratação da Fundação com dispensa indevida de licitação. Incapacidade da contratada de executar as atividades ajustadas. Pagamento indevido de taxa de administração; Determinamos:

- Observe rigorosamente o que dispõe o art. 24 da Lei nº. 8.666/1993, em especial o inciso XIII, no que concerne às estritas hipóteses em que esse diploma autoriza a dispensa de licitação;

- Abstenha-se de pagar valor a título de taxa de administração por intermediação de serviços, quando estes puderem ser contratados diretamente pela entidade, mediante a observância da Lei 8.666/1993.

Acórdão 545/2005 – Plenário (11.05.2005):

O Relator Ministro Guilherme Palmeira, em voto proferido no Acórdão 328/2005 – Plenário, comentou sobre a elasticidade do termo “desenvolvimento institucional” dada pelo Decreto nº. 5.205/2004, editado para regulamentar a Lei 8.958/94, que vai de encontro aos princípios constitucionais da impessoalidade, isonomia e da livre concorrência, na medida em que autoriza a contratação das fundações de apoio para uma gama de atividades econômicas que não se referem exatamente às atividades de pesquisa, ciência e tecnologia (...).

Acórdão 662/2005 – Plenário (25.04.2005):

Observe com rigor os dispositivos constantes da Lei nº. 8.958/94 notadamente, quanto á exigência de o objeto do contrato estar diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional e à necessidade de o contrato estar vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulta em produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico.

Acórdão 662/2005 – Plenário (25.05.2005)

- Atente para o que dispõe o art. 6º do Decreto nº. 5.205/2004, no que se refere à concessão de bolsas de ensino, pesquisa e extensão por parte da Fundação, principalmente no que diz respeito à obrigatoriedade de essas bolsas se constituírem em doação civil a servidores das instituições apoiadas para a realização de estudos e pesquisas e sua disseminação à sociedade, cujos resultados não devem reverter economicamente para o doador ou pessoa interposta, nem importar em contraprestação de serviços.

Acórdão 700/2005 – Plenário (01.06.2005):

- Reveja todos os convênios e os acordos firmados com entidades públicas ou privadas, quer da esfera federal, quer da estadual ou municipal, no sentido de excluir as Fundações de Apoio de qualquer função meramente administrativa ou de gerência financeira, em respeito ao disposto no art. 1º da Lei nº. 8.958/1994 (...).

O Ministro Valmir Campelo, Vice-Presidente do Tribunal de Contas da União, em sua palestra “Fundação de Apoio às Universidades no Contexto do Controle Esterno” ²⁷, diz que das análises feitas pelo TCU, em várias universidades é possível concluir que o desempenho das fundações de apoio às IFES pode contribuir para a promoção científica e tecnológica do País. Considerando que a pesquisa nacional, tanto a básica como a aplicada, ocorre principalmente em instituições públicas, que carecem de mais flexibilidade e agilidade operacional, as fundações de apoio podem e devem exercer intermediação entre as universidades e o ambiente externo para que estas possam bem cumprir sua missão.

Entende o Ministro que não obstante a importância das fundações de apoio é preciso estar alerta para o desvirtuamento da Lei 8.958/1994, para não albergar situações distintas das que a Lei pretendeu abranger.

Afirma o Ilustre Ministro que a intenção do TCU não está voltada somente para a fiscalização punitiva, mais tem como escopo colaborar com a gestão governamental, indicando as correções necessárias para a adequação às normas regentes.

Diz ainda o Ministro que aquela Corte de Contas não está indiferente à necessidade de aperfeiçoamento e reestruturação administrativa do Estado brasileiro e, em razão disso, o TCU dali para frente terá a preocupação constante de participar e contribuir para o processo de modernização da gerência pública, adotando uma postura mais didática e esclarecedora das finalidades do controle externo.

O Ministro Valmir Campelo, desse modo conclui sua apresentação:

²⁷ Proferida no 1º Seminário “A Universidade de Brasília e suas Fundações de Apoio: Aspectos Legal e Administrativo, realizado em Brasília/DF, em 21 e 22 de novembro de 2002. Publicada na Revista do TCU, Brasília, v. 33, nº. 94, out/dez 2002. p. 369/370.

Se é compreensível a necessidade das IFES de expandirem suas ações no sentido da vanguarda do conhecimento, da pesquisa, do ensino criativo e produtivo e progressista, da reformulação de princípios e métodos para a ação do Estado, de outro lado é imperioso reconhecer que a Universidade deve atrelar-se às demais instituições que formam nossa sociedade no esforço por melhor organização e mais eficácia no gerenciamento da sua cota na partilha de recursos financeiros escassos.²⁸

²⁸ Idem.

5 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

No âmbito do Estado do Paraná, a existência das fundações de apoio é uma realidade mais recente. A Lei 8.958/94 trata especificamente das Instituições Federais de Ensino Superior, não possuindo o Estado, legislação específica nesse sentido. Assim, as fundações de apoio às Instituições Estaduais de Ensino Superior – IEES nasceram sob a influência da Lei Federal.

Antes de 1998 eram poucos os ajustes que envolvessem as fundações de apoio às universidades estaduais para a execução de atividades custeadas com recursos públicos. As atividades das Universidades com intervenção das fundações de apoio ficavam mais restritas à elaboração e aplicação de concursos públicos e concursos vestibulares para órgãos públicos e outras instituições de ensino superior (públicas ou privadas).

No ano de 1998, o Estado edita a Lei 12.020/98, que regulamenta o art. 205 da Constituição Estadual, que determina:

Art. 205 - O Estado destinará, anualmente, uma parcela de sua receita tributária, não inferior a dois por cento, para o fomento da pesquisa científica e tecnológica, que será destinada em duodécimos, mensalmente, e será gerida por órgão específico, com representação paritária do Poder Executivo e das comunidades científica, tecnológica, empresarial e trabalhadora, a ser definida em lei.

A Lei 12.020/ 98, em seu art. 1º instituiu o Fundo Paraná e no art. 2º atribuiu a finalidade ao dispor:

Art. 1º - Fica instituído o FUNDO PARANÁ, destinado a apoiar o desenvolvimento científico e tecnológico do Estado do Paraná, nos termos do art. 205 da Constituição Estadual.

Art. 2º - O FUNDO PARANÁ tem por finalidade apoiar o financiamento de programas e projetos de pesquisa, desenvolvimento científico e tecnológico e atividades afins segundo as diretrizes e políticas

recomendadas pelo Conselho Paranaense de Ciência e Tecnologia - CCT PARANÁ e aprovadas pelo Governador do Estado.

Nesta mesma Lei, por meio do art. 13, o legislador estadual autorizou o Poder Executivo a instituir um órgão para gerir o FUNDO PARANÁ:

Art. 13 - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o Serviço Social Autônomo PARANÁ TECNOLOGIA, como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse social, com sede e foro em Curitiba e jurisdição em todo o território do Estado do Paraná, tendo como missão a gestão executiva do FUNDO PARANÁ.

Marcado por uma tendência fortemente privatista, ou seja, de retirar o Estado da prestação de serviços, passando essa atividade para instituições de direito privado, o Governo Estadual daquela época instituiu vários Serviços Sociais Autônomos, que por meio de contrato de gestão, recebiam recursos do Estado para desempenhar serviços em nome dele. São exemplos desse tipo de organização, “O Paraná Cidade”, para tratar do desenvolvimento urbano, e “O Paraná Educação” para tratar da educação – basicamente para contratar professores para a rede pública mediante teste seletivo, sob o regime da CLT e não mais por concurso público integrando o Quadro Próprio do Poder Executivo – QPPE. Nessa esteira foram criados o “Paraná Esporte” e o “Paraná Previdência”, entre outros.

Nessa conjuntura, para gerir o FUNDO PARANÁ, foi instituído o Serviço Social Autônomo PARANÁ TECNOLOGIA. Além de instituir o PARANÁ TECNOLOGIA, a Lei 12.020/98 autorizou também a criação da FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA, que em seu Art. 29 assim dispõe:

Fica o Poder Executivo autorizado a criar, nos termos da Lei Civil, a FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA, para amparo à pesquisa e para a formação de recursos humanos, necessários ao desenvolvimento científico e tecnológico do Estado do Paraná; na forma determinada pela Política Estadual de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, segundo diretrizes do CCT PARANÁ e aprovada pelo Governador do Estado.

De 1998 até o ano início de 2003, os recursos do Fundo Paraná, quase na sua totalidade, eram repassados à iniciativa privada por meio de uma Instituição criada pela Federação das indústrias do Paraná – FIEP, chamada CITPAR. Muito pouco, ou quase nada, chegava às universidades públicas ou aos institutos de pesquisa científica e tecnológica do Estado.

No início do ano de 2003 mudou a concepção de governo e dá-se início a uma política de cancelamento dos contratos de gestão com essas organizações, e a sua conseqüente extinção.

Em 24 de outubro de 2003 o Governo do Paraná edita o Decreto Estadual nº. 1.952/2003, anulando o contrato de gestão firmado com o Paraná Tecnologia e determina que a Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior – SETI assumira a gestão do Fundo Paraná. Para tanto, o mesmo Decreto autoriza a SETI, por meio de Resolução, a instituir a Unidade Gestora do Fundo Paraná – UGF.

Também a partir de 2003 muda a clientela do Fundo Paraná, por determinação do Conselho Estadual de Ciência e Tecnologia – CCT direciona-se os recursos do Fundo para o atendimento aos projetos estratégicos de governo. Privilegia-se a atuação em redes de geração e difusão de tecnologia nas áreas de saúde, agricultura familiar, biotecnologia, bem como a reestruturação e a adequação da infra-estrutura das IEES. Em razão dessa política, passou-se a apoiar as instituições públicas de ensino superior e os institutos públicos de pesquisa científica e tecnológica, invertendo as prioridades da política de C&T. As instituições privadas não deixaram de ser apoiadas, desde que os seus projetos estivessem em consonância com as demandas da sociedade, estabelecidos pelo CCT.

Foi a partir desse momento que as fundações de apoio às universidades públicas estaduais passaram a desempenhar importante papel na execução da política estadual de C&T, como parceiras em projetos executados com repasses de recursos do Fundo Paraná.

Assim, em razão da freqüente utilização das fundações de apoio às IEES como parceiras na execução dos projetos, o TCE quando da análise das contas do Fundo Paraná, passou a fazer restrições a esse tipo de avença.

No ano de 2007, por meio do Acórdão 168/07 – Tribunal Pleno, o TCE julgou irregulares as contas do Fundo, em razão dos convênios celebrados com fundações privadas, conforme descrito no Relatório de Auditoria elaborado pela 5ª Inspeção de Controle Externo. Além de considerar irregulares as contas, o TCE recomendou que se abstivessem do uso de fundações como partícipes, executoras ou substitutas da administração pública quando as atividades se dissociarem dos fins de sua criação.

Ainda no ano de 2007, o Acórdão 1503/07 – Tribunal Pleno, proferido em sede de Recurso de Revista, interposto pelo Gestor do Fundo Paraná, manteve sua decisão.

Em seu voto, o Relator/Auditor Ivens Zschoerper Linhares, transcreve parte do Relatório da 5ª ICE, em razão, segundo ele da “clareza dos elementos técnicos ali contidos”.

O Relatório acima referido considerou que os repasses de recursos às fundações de apoio às universidades não poderiam ter sido feitos porque:

9.1 – Parte dos projetos estratégicos refere-se ao financiamento de Programa de governo voltado à reestruturação das universidades estaduais, cuja operacionalização dispensa a participação de terceiros, mormente quando:

a) Os objetos dos convênios referem-se ao reequipamento (aquisição/ampliações/reformas construções) das universidades públicas estaduais como uma de suas linhas estratégicas de atuação, objetivando principalmente a recuperação da infra-estrutura laboral em nível de

equipamentos, adequação de espaço físico e aquisição de material científico e acervo bibliográfico.

b) Diferentemente das fundações de apoio, as IEES têm, por integrar a administração pública estadual e estarem sujeitas às regras de Direito Público,, obrigações legais específicas da administração pública e larga experiência – por imperativo legal – no âmbito da realização de compras e obras.

c) A opção adotada – transferência de recursos financeiros às fundações – para reequipamento das universidades estaduais (inclusive realização de obras), implica em triangulação desnecessária e no afastamento de regras de direito público e de garantias típicas e próprias da administração pública e que revelam com a utilização das fundações, a fragilidade das operações e os riscos a elas inerentes.

d) Há risco de evasão dos recursos, mormente quando repassados (como foi o caso) em sua totalidade às fundações, mesmo antes de iniciado qualquer processo de seleção dos fornecedores.

e) Houve e haverá desnecessário passeio do patrimônio público que, mesmo sendo sabidamente público (equipamentos e obras), será doado pelas fundações de apoio às instituições de ensino superior posteriormente à execução (compra e construção/reforma/ampliação).

9.2 – Os recursos financeiros para a realização do objeto dos convênios originários dos anúncios públicos foram repassados em sua totalidade às fundações, em descumprimento:

a) Ao regulamento do PEG que prevê que a parcela subseqüente de recursos, estará sempre condicionada a apresentação do referido relatório pela instituição proponente, e sua aprovação pelo Fundo Paraná e/ou;

b) A existência de cronograma físico financeiro ou instrumento equivalente de modo a avaliar o realizado e autorizar a liberação das parcelas subseqüente (Lei nº. 8.666/93).

9.3 – Verificou-se, também, o afastamento do mecanismo descrito pelo Decreto nº.. 5.975/2002 no que diz respeito à execução da despesa orçamentária cuja realização deveria ter sido processada através de movimentação de crédito orçamentário, haja vista que:

Os órgãos gerenciadores, neste caso, deveriam ser as universidades estaduais (administração direta). Aplicável, portanto, o mecanismo da M.C.O.

9.4 – A participação das fundações é meramente formal, porque:

a) Não ficou demonstrada a necessidade de co-participação dessas entidades, eis que a análise pontual dos instrumentos de convenio evidenciou que, por parte das fundações, somente haverá a implementação de ações instrumentais (abertura de conta corrente, pagamentos, etc.), obrigações absolutamente insuficientes para justificar sua figuração na execução das atividades inerentes ao reequipamento das universidades estaduais.

b) As fundações são, por excelência, organismos cuja função fundamental é contribuir para a formação e a fixação de pesquisadores, e a criação de condições mínimas locais para desenvolver pesquisa com eficiência e continuidade. São nesse sentido os dispositivos da Lei 8.958/94 e respectivo regulamento – Decreto nº. 5.205/2004.

c) A utilização de fundações como instrumento de realização de funções administrativas e burocráticas da administração pública, caracteriza

desvio de finalidade e macula a atuação de tais organismos, absolutamente necessária na descentralização das ações do Estado em C&T, sempre que nos limites dos fins justificadores de sua instituição e desde que não atuem exclusivamente como meio de execução

Vale ressaltar que nesse Acórdão, questiona-se também a não aplicação do percentual de 2% da receita tributária líquida anual do Estado em C&T, conforme determina o Art. 205 da Constituição Estadual. Recomendando que o dispositivo constitucional seja cumprido integralmente, sob pena de instauração de processo de impugnação, na forma do art. 274, do Regimento Interno do TCE.

Em Pedido de Rescisão do Acórdão 1503/2007, com pedido de liminar, o gestor do Fundo Paraná, resumidamente fez as seguintes argumentações:

i) Do ponto de vista da necessidade de operacionalização do Fundo Paraná, tem-se preferencialmente celebrado convênios diretamente com as universidades públicas sempre que as circunstâncias se mostrarem favoráveis. Entretanto, a cada ano, a partir da metade do exercício – início do mês de agosto – esse procedimento se mostra incapaz de viabilizar o cumprimento do disposto no art. 205 da Constituição Estadual. Isto porque a arrecadação tributária é auferida mês a mês e sua disponibilização ao Fundo Paraná pela Secretaria da Fazenda é feita na medida de sua arrecadação, o que inviabiliza sua aplicação por meio de Movimentação de Crédito Orçamentário. A partir de agosto, não há mais tempo hábil para se proceder todo o processo licitatório até o fechamento do orçamento, no mês de novembro de cada ano;

ii) Todos os recursos não utilizados (empenhados) no ano fiscal – por terem sido repassados tardiamente às instituições públicas, por meio de M.C.O, em função das liberações financeiras pela Fazenda ou possibilidade de liberação orçamentária pela Secretaria do Planejamento, ou ainda, estornados por não utilização pelas mesmas instituições, devido a problemas no certame licitatório ou pelo curto prazo

de execução entre a liberação e o prazo legal de abertura de licitação – voltam aos cofres do Tesouro do Estado – levando ao não cumprimento do percentual mínimo de 2% da arrecadação tributária líquida do Estado em C&T; e

iii) Sendo mantida a exigência de não utilizar as fundações de apoio, levaria o gestor do Fundo Paraná a infringir a Constituição Estadual e a Lei 12.020/98.

Ressalta o gestor, que todas as cautelas para que os recursos repassados fossem utilizados na forma pública foram adotados, quais sejam: não pagamento de taxa de administração e a exigência de procedimento licitatório nos moldes da Lei 8.666/93, para a realização de toda e qualquer despesa cobertas com recursos públicos repassados. Esclarece ainda que o procedimento é submetido à autorização do Senhor Governador do Estado, passando antes pelo crivo das assessorias jurídicas das universidades, do Fundo Paraná e da Casa Civil.

Finalmente, o gestor argumenta que ninguém pode ser compelido a fazer o impossível. Que nenhuma lei infraconstitucional pode criar empecilhos para o cumprimento da Constituição, da mesma forma que nenhuma ordem ou decisão administrativa ou judicial pode conduzir o gestor público a um beco sem saída.

Prevalecendo o entendimento acima exposto, seria o mesmo que determinar que o gestor deixasse de aplicar os recursos constitucionais, porque não teria como garantir o repasse às instituições públicas nos prazos legalmente exigidos, considerando que a partir do mês de novembro, não se pode mais licitar no Estado, sendo a receita tributária calculada e repassa ao Fundo mês a mês, inclusive nos últimos meses do exercício.

É diante desse quadro que as fundações de apoio passam a ser instrumento valioso para resolver o impasse entre cumprir as determinações constitucionais e

legais, e ao mesmo tempo aplicar todas as regras de direito público à execução de despesas cobertas com recursos públicos.

Em 12 de junho de 2008, por meio do Acórdão 765/08, o Tribunal Pleno concedeu a liminar requerida, suspendendo os efeitos do Acórdão 1503/07, até final decisão do Pedido de Rescisão de Acórdão.

Como se vê, tanto na esfera federal como na estadual, os problemas gerados pela utilização das fundações de apoio pelas universidades públicas na execução de projetos com recursos públicos, são semelhantes. No entanto, o Tribunal de Contas do Estado ainda está construindo o seu entendimento, tendo que trilhar o caminho já vencido pelo Tribunal da União. Mas nesse *mistér* não há atalho. É um processo de convencimento e que tem que ser construído passo a passo.

6 AS CRÍTICAS À EXISTÊNCIA DAS FUNDAÇÕES DE APOIO ÀS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR

Além das dificuldades de entendimento com os órgãos de controle externo, a existência das fundações de apoio no seio das universidades públicas é motivo de calorosos debates no meio acadêmico e na comunidade científica, em todas as esferas de governo.

As críticas mais contundentes vêm das entidades representativas de docentes, como por exemplo, a Associação dos Docentes da Universidade de São Paulo – ADUSP, e do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES-SN. A União Nacional dos Estudantes Universitários – UNE, no tocante ao corpo discente das universidades públicas, é a que tem se manifestado com mais veemência contra a existência das fundações de apoio junto às universidades.

A ANDES, no informativo da entidade de março de 2008 traduz seu posicionamento sobre o assunto:

As fundações não mais são do que entes privados intermediando a relação financeira entre órgãos públicos. Além da insustentabilidade jurídica dessa relação de desvirtuamento acadêmico, se utilizam da estrutura das universidades públicas para fechar negócios privados sem precisar passar por processos de licitação.

A oferta de cursos pagos pelas fundações privadas nas instituições públicas fere a Constituição Federal e a LDB, já que não são instituições de ensino superior.

A mercantilização do conhecimento promovida por essas fundações compromete a liberdade acadêmica, direcionando a formatação de cursos, currículos, pesquisa, etc., para atender aos interesses do mercado, em detrimento dos anseios da sociedade.

Embora uma fundação seja, conceitualmente, um patrimônio financeiro ou material privado, colocado a serviço de uma causa de interesse social, há uma inversão perversa: transformaram-se numa causa privada a serviço da formação de patrimônios também privados, à custa da credibilidade das instituições públicas às quais se vinculam e dos recursos públicos que elas próprias acabam por administrar.

As “bolsas” pagas a dirigentes de fundações privadas e participantes de projetos constituem dupla remuneração, pois muitos são contratados em

regime de dedicação exclusiva. A nomenclatura “bolsa” é apenas um eufemismo utilizado na tentativa de burlar a Receita Federal e o INSS.²⁹

Em sua revista, edição de setembro de 2001 (p. 41/81), a ADUSP publica o “Dossiê das Fundações” e na de novembro de 2004, traz o artigo “Universidades Públicas e Fundações Privadas: aspectos conceituais, éticos e jurídicos”. Nesses periódicos, resumidamente apontam essas críticas às fundações de apoio:

- As fundações de apoio representam a privatização e a desvirtuação de atividades de ensino, pesquisa e extensão em uma instituição de caráter estritamente público;

- Por desempenharem atividades-fim das universidades, estão comercializando o saber realizando cursos de pós-graduação e cobrando por eles, atuando como se fossem empresas privadas;

- Suas ações traduzem-se numa forma de “engordar” salários de alguns professores, causando desigualdades por remunerar uma parte deles, enquanto outra parte permanece apenas com a parca remuneração da universidade, além de possibilitar a contratação de pessoal para as universidades públicas sem concurso público;

- Que as fundações de apoio vivem à custa do poder público, utilizando bens móveis e imóveis sem remunerar as universidades por tal utilização, e a contrapartida, ou seja, os recursos repassados por elas às universidades, são mínimos; e

- Que os convênios e contratos celebrados pelas fundações de apoio não são precedidos de licitação.

Porém, existem posições discordantes.

²⁹ REVISTA ADUSP: São Paulo: Associação dos docentes da USP, mar. 2008. Disponível em: <http://www.adusp.org.br>.>. Acesso em 28.09.2008.

Há os que entendem que as fundações são imprescindíveis para o desenvolvimento científico e tecnológico das universidades.

O Presidente da Fundação de Pesquisas Financeiras, Contábeis e Atuariais/ FEPECAFI – Iram Siqueira Lima, em seu artigo “Fundação de Apoio à USP: pelo diálogo e pelo consenso”, publicado na Revista Adusp, edição de dezembro de 2001, rebate as críticas às fundações de apoio à USP, argumentando:

O uso dos bens da USP pelas fundações de apoio é correspondido pelo uso que a USP faz dos bens das fundações, bem como pelos demais elementos constantes da legítima e formal relação de cooperação existente.

As fundações não sobrevivem à custa do poder público: além da prestação de serviços à iniciativa privada estar aumentando significativamente, os “recursos públicos” sempre representam retribuição pela prestação de serviços, nos termos da lei de licitação.

A remuneração dos docentes pelas fundações também segue as regras de mercado, inclusive por determinação legal. Se alguns recebem mais que outros, ou se recebem das fundações enquanto outros nada recebem isto decorre de um dos seguintes motivos: (i) o mercado remunera mais alguns profissionais que outros, e (ii) alguns profissionais não querem prestar serviços às fundações. Acaso não existissem as fundações, boa parte dos professores que hoje lhes prestam serviços certamente os prestariam por meio de empresas privadas, ou como autônomos em ONGS, ou consultórios particulares. Como as fundações estão mais próximas das universidades que os consultórios, empresas privadas ou ONGS, as fundações minimizam o problema de o docente trabalhar fora da universidade.

Caso as fundações não cobrassem pelos cursos que ministram, estes não seriam oferecidos.

As fundações não agem apenas como empresas privadas: se prestam serviços à comunidade em geral, também financiam a pesquisa, criam laboratórios, apóiam atividades da USP e proporcionam melhores condições de trabalho para os professores.

As universidades deverão estar preparadas para concorrer com a iniciativa privada no desenvolvimento de projetos de pesquisa aplicada – com cronograma, objeto e escopo plenamente definidos – a serem acordados com empresas privadas e/ou com o governo.

Por estes motivos é que acreditamos na importância das fundações de apoio à USP, pois elas atualmente são responsáveis por importante ligação com a comunidade externa.³⁰

O jurista Miguel REALE exprime seu pensamento em artigo no Jornal Estado de São Paulo, referindo-se sobre as fundações da USP:

³⁰ LIMA, Iram. **Fundações de apoio a USP**: pelo diálogo e pelo consenso. Revista ADUSP, São Paulo, v. 24, dez 2001. Disponível em: <http://www.adusp.org.br>. Acesso em 06.10.2008. p. 41/46.

...os resultados propiciados por essas fundações constituem magníficos instrumentos do progresso no campo das pesquisas e da prestação de serviços à coletividade, sendo bem provável que haja várias outras fundações merecedoras de encômios.³¹

Afirma ainda que esse é o caminho certo:

... pois as universidades brasileiras, sobretudo as mantidas pelo Poder Público, não podem deixar de ampliar e aprofundar a missão de pesquisar e de ir ao encontro das necessidades mais prementes da comunidade. O ensino reduzido a mera comunicação ou informação teórica em constante participação dos alunos no plano da experiência está há muito tempo superado, sendo ele inseparável da pesquisa.

O sociólogo Simom Schwartzman, em entrevista publicada na revista *Veja* (Páginas Amarelas, 07 de maio de 2008), quando perguntado sobre o mal uso de verbas públicas por fundações ligadas às universidades, que originaram um escândalo que resultou no afastamento de reitor da UNB, deu a seguinte resposta:

O caso das fundações é bastante interessante. Elas foram criadas para contornar a rigidez na administração das universidades públicas. Claro que há possibilidade de abusos, sobretudo enquanto as universidades públicas estiverem submetidas à camisa-de-força do serviço público. Precisamos ver caso a caso se as irregularidades são de fato ações desonestas ou o exercício efetivo da flexibilidade para o qual elas foram criadas. Fundações estão submetidas à legislação própria de responsabilidade e transparência no uso de recursos, e se há irregularidades, a solução não é fechá-las, mas aplicar as regras que existem.

O Vice-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores e Promotores de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social – PROFIS, promotor Airton Grazioli, em seu artigo “As Fundações de Apoio às Universidades e a Relação Público – Privado”³², faz uma defesa vigorosa das fundações de apoio, expressando o seguinte pensamento:

³¹ Citado pelo Professor Antonio Manoel Dias Henriques, Presidente do Conselho Nacional das Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e Tecnológica – CONFIES, em sua palestra proferida por ocasião do XXIV Encontro Nacional de Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e Tecnológica (em junho de 2006).

³² Disponível na página internet da Associação Paulista de Fundações Privadas: www.apf.org.br. Acessado em 10/09/08.

Todas as Fundações privadas – e aqui estão inseridas as Fundações de Apoio – são acompanhadas no dia-a-dia pelo Ministério Público do Estado em que se situarem. O Promotor de Justiça com atribuições para exercer o velamento é usualmente denominado de Curador de Fundações.

Os críticos das Fundações de Apoio se esquecem de que elas, como entidades de natureza jurídica privada – constituídas na grande maioria por professores universitários, com bens que lhes pertencem –, podem fazer tudo aquilo que a lei expressamente não proíbe. Esta é uma regra pacífica entre os operadores de direito. No momento em que são cobradas de um escorrito caminhar, especialmente pelo Curador de Fundações, podem exigir deste que interprete as normas preocupado com o incremento das atividades sociais, de maneira a almejar a justiça social.

As Fundações de Apoio à Universidade se declaram como tal por ato voluntário. Dessa maneira contribuem para a Academia, mas por desejo próprio, por apego à excelência no ensino, na pesquisa, e na extensão. E como elas operam no mercado, geram *superávit*, o qual é investido no reforço do próprio capital ou no apoio à Universidade. Os professores universitários, nos horários que não coincidem com aqueles em que têm de estar à disposição da Universidade, ou mesmo dirigentes vinculados à Fundação, ao prestarem serviços em projetos desta, capitaneados no mercado, são remunerados por verbas privadas pelas respectivas forças de trabalho, em parâmetros de mercado. Este modo de agir, além de legal, é ético sob o aspecto moral, afinal de contas o trabalho remunerado é protegido inclusive pela Constituição Federal.

A Universidade não deve e não pode se isolar-se em si mesma. Ela precisa estar aberta à sociedade civil e ao mercado, afinal de contas o ensino, a pesquisa, a extensão e o desenvolvimento da tecnologia são exercidos para a melhoria do bem-estar social. Numa época em que a Administração Pública fica cada vez mais moderna e gerencial, resta claro que as críticas as fundações são parte de um discurso desafinado, longe da realidade jurídica vigente, com um elevado cunho ideológico, um colorido desbotado pelo tempo e ultrapassado pelo uso.

Como bem disse Airton Grazioli, em artigo supra citado, a relação entre as fundações de apoio e as universidades públicas é uma questão que se apresenta tormentosa e suscita grandes discussões. Entretanto, é preciso encontrar uma solução que permita utilizar as fundações de apoio para captar recursos para as universidades e ao mesmo tempo evitar a apropriação privada do patrimônio público e contribuir para a melhoria do ensino e da pesquisa. É um desafio que requer o desapego a posições dogmáticas por parte dos críticos das fundações de apoio e ao mesmo tempo, requer encontrar uma forma de adequar essa relação evitando os abusos.

7 CONCLUSÃO

Os recursos públicos são sempre escassos para o atendimento das demandas da sociedade. Além de escassos seus repasses são incertos e podem não estar disponíveis no tempo exigido pela pesquisa científica e tecnológica, não sendo fácil ou possível seu remanejamento conforme as necessidades de um projeto de pesquisa. Assim é preciso considerar que a relação universidade-setor privado exige uma certa flexibilidade de gestão e uma maior liberdade de iniciativa. É preciso admitir que as universidades públicas e os institutos públicos de pesquisa estão subordinados a certas condições e normas de funcionamento incompatíveis com sua finalidade.

A Lei 8.958/94 buscou normatizar o relacionamento legítimo e necessário entre as instituições públicas de ensino superior e suas fundações de apoio, objetivando responder às necessidades da pesquisa e ao mesmo tempo a obediência às normas de aplicação dos recursos públicos.

É forçoso admitir que a Lei 8.958/94 não prima pela melhor técnica legislativa. Seus dispositivos apresentam conceitos genéricos, possibilitando as mais diversas interpretações. Porém, o combate às imperfeições da Lei, reclama o cuidado e a humildade do gestor público e dos órgãos de controle tanto na aplicação como na fiscalização de atos amparados por ela, para enfrentar cada caso concreto e dele tirar sua lição. Mas, de pronto proibir o que a lei autoriza, certamente não é a melhor forma de se encontrar a solução mais adequada para o problema.

Somente pela aplicação correta do ordenamento jurídico, será possível o uso desse instrumento que são as fundações de apoio, que apresentam importante potencial de contribuição à missão das universidades pública e evitar abusos e distorções.

Estamos diante de um desafio imposto não apenas para os órgãos de controle e fiscalização, mas principalmente para os gestores públicos, que devem estar cientes de que a correção de possíveis irregularidades é tarefa primeira da administração contratante, no exercício da função de auto-tutela que exerce sobre seus próprios atos. Agindo com esse espírito, será possível às universidades públicas formalizar acordos com as fundações de apoio, sem resvalar na quebra de legalidade, ainda que involuntária, quando o que se quer é valer-se dos instrumentos facultado pela Lei, para bem atender às suas finalidades. Uma vez distorcida sua aplicação, perde a comunidade universitária e a sociedade brasileira, pois ficarão alijadas dos potenciais benefícios de uma cooperação tão necessária para que o ensino e a ciência gratuitas e de qualidade, possam enfim ser bens públicos no Brasil.

Os primeiros passos já foram dados, cabe agora a cada um dos envolvidos fazer sua parte, desprovidos de idéias pré-concebidas, tendo em mente apenas o melhor interesse do ensino, da ciência e da tecnologia, tão necessários para o desenvolvimento de nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. **Contratações públicas e fundações de apoio**. Revista de Informações Legislativas, 43, nº. 171 jul/set 2000. Disponível em: <<http://www.alesfe.org.br/MateriaArquivos/Arquivos>>. Acesso: 07/05/2008

BRAZIL. **Exposição de motivos do projeto de lei do executivo convertido na Lei 8.958/94**. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 6 de abr. 1994a. Seção 1, p. 4803.

_____. **Lei 8.958/94**. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 06 de abr. Seção 1, p. 4802.

COELHO, Luiz Fernando. **Fundações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privadas**: teoria geral e exercício de atividades econômicas. Lemos e Cruz: 3. ed., 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**: teoria geral do direito civil. V. 1. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Parceria na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo**: tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

INFOMANDES. Brasília: Informativo do sindicato dos docentes das instituições de ensino superior – ANDES-SN, mar, 2008. Disponível em <<http://www.andes.pr.br>>. Acesso em 11.10.2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Iram. **Fundações de apoio a USP**: pelo diálogo e pelo consenso. Revista ADUSP, São Paulo, v. 24, dez 2001. Disponível em: <http://www.adusp.org.br>. Acesso em 06.10.2008

MODESTO, Paulo. **Convênio entre entidades públicas executado por fundações de apoio**. Serviço de Saúde. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de

Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 10.05.2008.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

REVISTA ADUSP: São Paulo: Associação dos docentes da USP, v. 23, set. 2001. Disponível em: <http://www.adusp.org.br>. Acesso em 28.09.2008.

REVISTA ADUSP: São Paulo: Associação dos docentes da USP, v. 24, dez. 2001. Disponível em: <http://www.adusp.org.br>. Acesso em 28.09.2008.

REVISTA ADUSP: **Universidade pública e fundações privadas**: Aspectos conceituais, éticos e jurídicos. São Paulo: Associação dos docentes da USP, nov. 2004. Disponível em: <http://www.adusp.org.br>. Acesso em 28.09.2008.

REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: **As fundações de apoio às universidades no contexto do controle externo**: Brasília: v.33, n. 94, out/dez 2002.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

