

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**O RELACIONAMENTO ENTRE AS INSTITUIÇÕES
FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR E AS FUNDAÇÕES
DE APOIO: PARCERIA PRIVADA OU VÁLVULA DE
ESCAPE AO REGIME JURÍDICO PUBLICÍSTICO?**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Pablo Kipper Aguilar

**Santa Maria, RS, Brasil
2015**

**O RELACIONAMENTO ENTRE AS INSTITUIÇÕES
FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR E AS FUNDAÇÕES
DE APOIO: PARCERIA PRIVADA OU VÁLVULA DE
ESCAPE AO REGIME JURÍDICO PUBLICÍSTICO?**

por

Pablo Kipper Aguilar

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof. Dr. Valéria Ribas do Nascimento
Coorientador Prof. Ms. Sâdi Flores Machado

Santa Maria, RS, Brasil

2015

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de Graduação

**O RELACIONAMENTO ENTRE INSTITUIÇÕES
FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR E AS FUNDAÇÕES
DE APOIO: PARCERIA PRIVADA OU VÁLVULA DE
ESCAPE AO REGIME JURÍDICO PUBLICÍSTICO?**

elaborada por
Pablo Kipper Aguilar

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dra. Valéria Ribas do Nascimento
(Presidente/Orientadora)

Prof. Ms. Sadi Flôres Machado
(Coorientador)

Loraci Flores de Lima
(Juiz Federal convidado)

Prof. Ms. Luiz Fernando Lutz Coelho
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 02 de dezembro de 2015.

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal

(Sérgio Buarque de Holanda)

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

**O RELACIONAMENTO ENTRE INSTITUIÇÕES
FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR E AS FUNDAÇÕES
DE APOIO: PARCERIA PRIVADA OU VÁLVULA DE
ESCAPE AO REGIME JURÍDICO PUBLICÍSTICO?**

AUTOR: PABLO KIPPER AGUILAR

ORIENTADOR: DRA. VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

COORIENTADOR: SADI FLÔRES MACHADO

Data e Local da defesa: Santa Maria, 02 de dezembro de 2015.

As parcerias entre a Administração Pública e o denominado terceiro setor, composto por entidades da sociedade civil, sem finalidades lucrativas, é um terreno de incertezas jurídicas quanto aos benefícios e balizas legais para tais relações jurídicas. Especificamente no que tangencia aos relacionamentos entre as Instituições Federais de Ensino Superior e as denominadas fundações de apoio, reina a dúvida quanto a tais aspectos, não havendo consenso quanto os limites da legalidade para a atuação de tais entes privados. A par disso, a presente pesquisa busca investigar esses laços jurídicos, verificando se, e em que medida, as fundações de apoio representam uma forma de avanço para as instituições junto às quais atuam ou, por outro lado, se funcionam como mecanismos ilícitos para liberar o Estado de suas limitações derivadas do regime jurídico publicístico. Nessa linha, a monografia foi estruturada a partir de 04 (quatro demarcações). Primeiro, conceituando as fundações de apoio, sua forma de constituição e sua classificação perante o ordenamento jurídico pátrio. Segundo, declinando aspectos jurídicos pertinentes ao seu relacionamento com o Poder Público, sobretudo à luz das hipóteses de dispensa de licitação. Terceiro, delineando as raízes históricas que impulsionaram o surgimento dessas parcerias no cenário jurídico Brasileiro. Quarto, apontando formas de utilização desses mecanismos como formas de escapar às amarras provenientes do regime jurídico publicístico.

Palavras-Chaves: fundações de apoio; direito público; instituições federais de ensino superior; terceiro setor; contratação direta.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

**THE RELATIONSHIP BETWEEN FEDERAL INSTITUTIONS
OF HIGHER EDUCATION AND SUPPORT FOUNDATION:
PRIVATE PARTNERSHIP OR VALVE ESCAPE THE LEGAL
PUBLIC REGIME?**

Author: Pablo Kipper Aguilar

Adviser: Valéria Ribas do Nascimento

CoAdviser: Sadi Flôres Machado

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December, 02, 2015.

Partnerships between the public administration and the so-called third sector, composed of civil society organizations, non-profit, is a land of legal uncertainties about the benefits and legal beacons for such legal relations. Specifically in tangent relationships between the Federal Institutions of Higher Education and the so-called supporting foundations, reigns doubt about such aspects, there is no consensus on the limits of legality to the activities of such private entities. Alongside this, the present study aims to investigate these legal ties, checking whether and to what extent the support foundations represent a way forward to the institutions with which they act or, on the other hand, if function as illicit mechanisms to release the state of their limitations derived from public legal regime. Along these lines, the monograph was structured from 04 (four boundaries). First, conceptualizing foundations to support their way of constitution and its classification to the Brazilian legal system. Second, declining legal aspects relevant to their relationship with the government, especially in light of the bidding process hypotheses. Third, outlining the historical roots that drove the emergence of such partnership in the Brazilian legal scenario. Room, pointing ways of using these mechanisms as ways to escape the shackles from the public legal regime.

Key-Words: support foundations; public right; federal institutions of higher education; third sector; direct hiring.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O RELACIONAMENTO ENTRE AS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR E AS FUNDAÇÕES DE APOIO	10
1.1 As fundações de apoio: ponderações iniciais	10
1.2 O relacionamento com as Instituições Federais de Ensino Superior: contratação com dispensa de licitação prevista no art. 24, XII, da Lei 8.666 de 1993	18
2 LEGALIDADE E EFICIÊNCIA: AS FUNDAÇÕES DE APOIO COMO FRAUDE AO DIREITO ADMINISTRATIVO OU FERRAMENTA PARA AVANÇOS INSTITUCIONAIS	34
2.1 A ferramenta para avanços institucionais	35
2.1.1 Precedentes históricos para a proliferação das fundações de apoio no cenário jurídico nacional	37
2.1.2 Papel desempenhado pelas fundações de apoio no contexto universitário atual.....	41
2.2 Válvula de escape ao regime jurídico publicístico.....	47
2.2.1 Das normas licitatórias	48
2.2.2 Manipulação de receitas à margem do orçamento.....	58
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a Administração Pública busca uma aproximação de entidades privadas, delegando, em parte, atividades de interesse coletivo.

A ordem sociopolítica, na forma como desenhada primitivamente, compreendia apenas os setores do público e privado. De um lado, o Estado. De outro, o mercado, a iniciativa particular e os indivíduos.

Por conta desse famigerado dualismo, indesejavelmente maniqueísta¹, cujas implicações não interesse agora discutir, a Administração passa, por critérios de conveniência e necessidade, a se relacionar de forma mais intensa com determinados setores da sociedade civil, despontando o fenômeno apontado pela literatura como surgimento do *terceiro setor*.

Tal fenômeno, surgido a partir de uma verdadeira simbiose entre o público e o privado, reflete, ao menos no plano teórico, um 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.²

Em que pese a falta de destaque do tema no âmbito da doutrina administrativa, é seguro afirmar que, a partir da década de 70, o Brasil assistiu o surgimento das denominadas fundações de apoio no cenário universitário nacional. Baseadas nas justificativas de assegurar maior autonomia administrativa e na gestão de atividades de pesquisa, houve uma proliferação de tais entidades no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior (IFES).

Segundo dados lançados no sítio virtual do Ministério da Educação e da Cultura, o número de fundações de apoio atualmente credenciadas é de 84 (oitenta e quatro)³, atuando em todo o território nacional. Em contrapartida, o número de Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) é de aproximadamente 50 (cinquenta)⁴, o que, corresponde dizer que, para cada entidade pública existe 1,68 de entes de apoio credenciadas junto ao Poder Executivo Federal.

Inegável, portanto, que as fundações de apoio são uma realidade no contexto do ensino superior público.

¹ LEITE, Celso Barroso. **Filantropia e contribuição social**. Trabalho apresentado ao MPAS/PAL, 1997.

² Definição de Boaventura dos Santos, no artigo ‘**A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado**’, publicado às fls. 243 a 271, na obra *Sociedade e Estado em Transformação*, Luiz Carlos Bresser Pereira, Jorge Willheim, Lourdes Sole, organizadores. São Paulo: UNESP, Brasília: ENAP, 1999, 453 p.

³ Disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=366-fundacoes-apoio-credenciadas-190309-pdf&category_slug=fundacoes-de-apoio&Itemid=30192>. Acesso em 23 nov. 2015

⁴ Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=13>>. Acesso em 23 nov. 2015

No entanto, essa proliferação de relacionamentos entre as IFES e as fundações de apoio não foi acompanhada de marcos regulatórios suficientes. Embora essas relações, como dito, remontem à meandros da década de 70, a primeira legislação a tratar especificamente sobre o tema surgiu tão somente em 1994 (Lei n. 8.958) e, com apenas 7 artigos, não foi capaz de suplantar satisfatoriamente todas as indagações jurídicas que giram em torno da matéria.

Nessa linha, as lacunas normativas e o contraste de regramentos jurídicos que se colidem nesses relacionamentos têm resultado em diversos escândalos de malversação de recursos públicos, tendo como forma da instrumentalização as fundações de apoio. Diversas auditorias e procedimentos de repressão têm sido instaurados no âmbito dos órgãos de controle, sobretudo perante o Tribunal de Contas da União (TCU), nos quais se pode vislumbrar severos indícios de imoralidade e ilegalidade no gerenciamento de recursos coletivos pelos denominados entes de apoio.

Se, de um lado, no terreno privado impera a máxima de que *é válido tudo que a lei não vedar, de outro*, não se pode olvidar que, no âmbito da Administração Pública, *somente é permitido agir quando a legislação assim a autorizar* (embora ambas estas afirmativas já estejam, hoje, em fenômeno de superação).

Assim, as incompatibilidades derivadas dos regramentos jurídicos distintos de cada uma das entidades têm sido exteriorizadas em diversas irregularidades pelos órgãos de controle da Administração Pública. Atuando em uma espécie de relacionamento híbrido, não recebendo tratamento satisfatório das formulas jurídicas clássicas, as fundações de apoio têm representado desafios para a doutrina e para a jurisprudência.

Dado esse cenário de insegurança jurídica, a presente pesquisa, visando contribuir para a compreensão do tema, buscará investigar essas espécies de parcerias sob dois enfoques.

Primeiramente, avaliando as fundações de apoio como um mecanismo manejado pelas Instituições de Ensino Superior contornarem as limitações inerentes da condição de entes públicos, pontuando algumas situações problemáticas a respeito desse fenômeno, a bem de encontrar respostas adequadas, à luz da Constituição, para tal fenômeno.

Em sequência, após explorar alguns aspectos dessa faceta, avançar-se-á para apreciar as fundações de apoio não como um problema para a Administração Pública, mas como uma ferramenta válida para propiciar o desenvolvimento institucional das Instituições Federais de Ensino Superior, atuando verdadeiramente como um apoio à propagação do ensino, da pesquisa e extensão.

Entretanto, tais exames não poderão prescindir de uma base teórica a respeito das fundações e a forma como se aproximam da Administração, motivo pelo qual se reserva um capítulo inicial para inventariar os principais marcos a esse respeito.

Tangente ao método de abordagem, valer-se-á de referenciais doutrinários e exame de legislação, contrapondo o exame dessas peculiaridades com decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União e pelo Supremo Tribunal Federal.

Em tal direção, utilizar-se-á o método dialético, tencionando-se fazer um contraponto entre as fundações de apoio como mecanismos de fuga ao regime jurídico público, apontando de que maneira se dá esse fenômeno e, por outro aspecto, sua utilização como instrumento eficiente para promover o sucesso das Instituições Federais de Ensino Superior.

A seu turno, os métodos de procedimentos utilizados serão o monográfico e histórico. O primeiro será invocado para traçar uma conceituação do instituto das fundações de apoio, seu relacionamento com a Administração Pública e de que forma são manejadas para supostamente escapar das amarras de Direito Público. O segundo, na mesma linha, irá contribuir para o delineamento do surgimento dos entes de apoio, visando desvelar sua contribuição para a sociedade.

1 O RELACIONAMENTO ENTRE AS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR E AS FUNDAÇÕES DE APOIO

Buscar-se-á no decorrer da presente pesquisa analisar certos aspectos pontuais das relações entre as Instituições Federais de Ensino Superior e as denominadas fundações de apoio.

Contudo, como ponto de partida para qualquer trabalho como faceta monográfica, antes de passar ao exame da problemática do tema, mister delimitar algumas características das denominadas entidades de apoio, seu regramento jurídico e sua forma de constituição.

1.1 As fundações de apoio: ponderações iniciais

É premissa basilar para o desenvolvimento da pesquisa a ser desenvolvida no presente trabalho monográfico delinear, em nível teórico, o conceito das ditas fundações de apoio, declinando, ainda que não de forma exaustiva, o regime jurídico sob o qual elas são constituídas.

Inicialmente, adianta-se que o estudo desenvolvido nas linhas que seguem não é uma tarefa tão singela como poderia se supor. Com efeito, as fundações de apoio aparecerem como um instituto híbrido no cenário jurídico nacional. De um lado, tem-se, conforme minudenciado com vagar nas linhas ulteriores, a natureza privada de sua constituição, de outro, o caráter público dos recursos que passam a gerir enquanto contratadas pelas Universidades Federais.

Nessa ordem de ideias, depara-se com um grave contraponto entre as regras jurídicas clássicas aplicáveis às fundações de direito privado, em geral, que, por óbvio, não se alinham satisfatoriamente aos princípios básicos do Direito Público, o que as torna um instituto em certo vácuo jurídico, não havendo total segurança para se apontar seus regramentos específicos.

Bastante provável, aliás, que essa problemática possa ser creditada à conta da famigerada, porém clássica, dicotomia entre Direito Público e Privado, muito propalada nos manuais introdutórios à compreensão das ciências jurídicas.

Certamente, a muito difundida divisão do Direito já se encontra às raias do esgotamento, não encontrando mais espaço em uma visão do fenômeno jurídico contemporâneo, conforme já enuncia a doutrina especialista na matéria.⁵

Em que pesem essas considerações, como as fundações de apoio ainda são catalogadas no direito positivo como uma espécie do gênero fundação (também ramificada em fundações privadas e públicas), é necessário se valer das ponderações gerais a respeito das fundações privadas, buscando subsídios para solucionar o impasse proposto na presente pesquisa. É o que se passa a fazer.

A par da dicção da lei civil⁶ (*art. 62, para criar uma fundação o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la*), há um certo consenso doutrinário na conceituação das chamadas fundações privadas.

Gustavo Saad Diniz, ilustrando, após perfilar alguns conceitos que ele próprio descarta, alcança uma preposição que se reputa adequada para o tema. Segundo o autor, a ‘fundação privada é organização com patrimônio afetado por uma finalidade específica determinada pelo instituidor, com personalidade jurídica atribuída por lei’⁷, sendo que diversos outros doutrinadores de renome seguem, ainda que com certa divergência terminológica, o mesmo caminho⁸.

Na perspectiva dessa conceituação, deflui-se que as fundações, largamente consideradas, pressupõem para sua válida existência a conjugação de três elementos essenciais. Relacionem-se:

Primeiro, um **patrimônio**, integrante da esfera jurídica do(s) instituidor(es), o(s) qual(is) fará(ão) a sua dotação para a finalidade perseguida pela sua vontade, podendo se operar por atos em vida (*inter vivos*), ou pela via sucessória (*causa mortis*). Dois requisitos, contudo, devem ser avaliados para a viabilidade de tal operação jurídica.

⁵ Para o aprofundamento da matéria, pode-se citar como referencial: BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶ Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (D.O.U 11.01.2002), que instituiu o Código Civil.

⁷ DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das Fundações Privadas teoria geral e exercício de atividades econômicas**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006, p. 89.

⁸ O mesmo autor cita, apenas para ilustrar, os conceitos desenvolvidos por Ponte de Miranda (Tratado de Direito Privado, Tomo I 4 ed. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 442) e Orlando Gomes (Introdução ao Direito Civil, 11 ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 192).

A rigor, o patrimônio deve ser composto por bens livres de qualquer gravame, não podendo se admitir que a instituição da fundação de apoio seja utilizado como ferramenta para, por vias transversas, para frustrar as expectativas de satisfação de créditos alheios.

Robustecendo essa convicção, Maria Helena Diniz pontua que a instituição de uma fundação, orientada pela busca de prejudicar credores, ou até mesmo a legítima dos herdeiros, é causa de invalidade do negócio jurídico, admitindo, por equiparação, o manejo de ações com proximidade temática para reverter esse quadro, como, por exemplo, a ação pauliana.⁹

Por outro lado, além de desonerado, o patrimônio deve ser suficiente para garantir que a entidade possa exercer seu mister. Nessa angulação, Pontes de Miranda discorre que a ‘dotação de bens somente é pressuposto quanto à segurança de que esses bens podem ser aumentados e bastariam à manutenção da fundação, ou quanto a virem a pertencer, com segurança, à fundação’.¹⁰

Pontualmente, é digna de nota a importante e necessária fiscalização do Ministério Público ao proceder ao exame desses requisitos, a teor do que preconiza o *caput*, do art. 66¹¹, do Código Civil, sobretudo para coibir a utilização deturpada do instituto para finalidades escusas e dissonantes dos propósitos legislativos.

Prosseguindo no delineamento do instituto, elenca-se, em segundo lugar, que a fundação de apoio deve guardar uma **finalidade**, a ser fixada pelo(s) instituidor(es), devendo ser *possível, lícita, determinável e inalterável*. A primeira qualificante (*possibilidade*) inviabiliza a instituição de fundações cujos objetivos ultrapassem limites de sua concretização, no campo econômico, material ou jurídico.

A seu turno, a *licitude* deve ser lida como um impeditivo a elaboração de estatutos que estabeleçam motes vedados pelo ordenamento jurídico brasileiro. De outro lado, os objetivos não podem ser marcados por ares de *generalidade*, sob pena de que, por interpretações subjetivistas, seja deturpada a intenção da motriz instituidora. Por fim, a *inalterabilidade* impede que a administração da entidade redimensione por completo as finalidades desenhadas quando de sua criação.

Terceiro, um **vínculo** entre o patrimônio e a finalidade, concretizado na afetação pela vontade do instituidor. Diversamente dos requisitos lançados acima, essa vinculação possui uma compreensão eminentemente abstrata, porque retrata uma interligação para a formação da personalidade jurídica. Esse dado, importado ao plano dos efeitos jurídicos, implica na

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Direito Fundacional**. São Paulo Oliveira Mendes, 1998, p. 16

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 456.

¹¹ Art. 66 Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas

consequência de que todos os bens adquiridos pela entidade devem ser vinculados aos seus fins.

Balizados os principais parâmetros teóricos que individualizam o instituto das fundações, em sua acepção larga, perfilha-se a clássica (em que pese falida, conforme adiantado) subdivisão do gênero fundação, em duas grandes espécies: **públicas e privadas**.

Fundações públicas, segundo o sempre reverenciado magistério de Hely Lopes Meirelles¹², são uma inovação introduzida pela Constituição Federal de 1988. O autor, aludindo à compreensão a respeito das fundações de privadas, como universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá unidade, assevera que tais entidades sempre foram consideradas como pessoas jurídicas de Direito Privado.

Entretanto, na medida em que o Poder Público passou a avocar tais entidades, para a perseguição de objetivos de índole coletiva (educação, ensino, pesquisa, assistência social, por exemplo), dotando-as de bens públicos e fomentando suas atividades, por intermédio de subsídios orçamentários, obrigou o Constituinte a introduzir no ordenamento jurídico as intituladas fundações públicas, ora denominando-as *de fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público* (arts. 71, II, III e IV; art. 169, parágrafo único; 150, §2º, 22, XXVII), ora de *fundação pública* (arts. 37, XIX e 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), ora de *fundações mantidas pelo Poder Público* (art. 37, XVII), ora simplesmente de *fundação* (art. 163, II).

Segue-se que, na nova dicção do art. 37, XIX (com a alteração promovida pela Emenda Constitucional 19 de 1998), da Constituição Federal, as fundações públicas podem ser instituídas sob a natureza jurídica de direito público ou de direito privado.

Na dicção da norma constitucional, *somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação*. Por terem as fundações sido alocadas ao lado das empresas estatais, é predominante o entendimento que elas podem receber um tratamento similar a estas, ou, por outro lado, ao das autarquias.

Nessa direção, a depender da lei que chancelou a criação da fundação pública, elas poderão assumir feições distintas. Optando o legislador por erigir o Direito Público para reger suas atividades, terão elas bastante proximidade com o regime disciplinado às autarquias, como, apenas para ilustrar, a necessidade de concurso público para admissão de servidores,

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40 ed, atualizada por José Emmanuel Burle Filho e Délcio Balestero Aleixo. Malheiros: São Paulo: 2014, p. 420

controle finalístico pela Administração Direta, obrigatoriedade de licitar para adquirir materiais e contratar serviços. Em linha de desdobramento, integram a Administração Indireta, com todos os privilégios e restrições jurídicas que brotam dessa condição.

Elegendo o legislador a forma privada para a constituição da entidade, as entidades reger-se-ão pelas normas civilistas básicas, embora derogada pelas normas publicísticas.

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹³, nesse passo, inventaria, a título exemplificativo, alguns efeitos dessa situação. Ilustrativamente, cita-se a supervisão ministerial; o controle e fiscalização orçamentária pelo Tribunal de Contas; constituição subordinada à legislação específica e, pelo princípio da simetria das formas, sua extinção somente poderá se operar do mesmo modo; submissão à Lei 8.666 de 1993.

Enfeixadas as considerações mais relevantes a respeito das fundações públicas, segue-se o exame das fundações de direito privado.

Com efeito, as entidades em referência comportam uma subdivisão em (1) fundações privadas típicas, instituídas e constituídas por particulares e (2) fundações privadas vinculadas ao Estado, denominadas pela doutrina como *para-administrativas*, *para-governamentais* ou de *cooperação*, fenômeno apontado por Sérgio de Andréa Ferreira como *descentralização por cooperação*.¹⁴

Dentre as últimas, e as quais relevam para a presente pesquisa, situam-se as fundações de apoio. Com efeito, os entes de cooperação em referência são instituídos por particulares, erigindo como objetivos, no âmbito do seu instrumento constitutivo, a colaboração com órgãos integrantes da Administração Pública, notadamente as Instituições Federais de Ensino Superior.

Embora o tema seja objeto de considerações mais alongadas linhas adiante, é digna de nota, neste momento, a previsão legislativa, no sentido de que tais fundações serão criadas à semelhança das demais fundações privadas, e, portanto, sujeitas às normas imperativas da lei civil e seus procedimentos correlatos, além da fiscalização de suas atividades pelo Ministério Público, a sujeição às normas trabalhistas e o credenciamento junto ao Ministério da Educação e do Desporto e do Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bianualmente.

É o que ressaí da leitura do art. 2º, da Lei 8.958, com redação dada pela Lei 12.349:

Art. 2º As fundações a que se refere o art. 1º deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pela Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade,

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 26 ed. São Paulo: Atlas, p. 502

¹⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. **As Fundações Privadas e Públicas no Direito Brasileiro Vigente**. Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro. 31(3):51-78. jul. 1988

moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, e sujeitas, em especial: (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

I - a fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil;

II - à legislação trabalhista;

III - ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bianualmente.

Parágrafo único. Em caso de renovação do credenciamento, prevista no inciso III do caput, o Conselho Superior ou o órgão competente da instituição federal a ser apoiada deverá se manifestar quanto ao cumprimento pela fundação de apoio das disposições contidas no art. 4º-A. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)

Outra não pode ser a conclusão, a par da leitura desse dispositivo, que as fundações de apoio, embora criadas com o objetivo específico de colaborar com as atividades das Universidades, o que não é impeditivo para que desempenhem atividades de natureza diversa, incluindo nos terrenos econômicos. Nesse sentido, aliás, Francisco de Assis Alves averba que:

As fundações de apoio, de regra, mantêm convênios, ajustes e contratos com as Universidades ou Faculdades, sem prejuízo de atividades ou serviços que possam prestar a particulares. Não integram a administração indireta, nem a estrutura das universidades ou faculdades a que propiciam apoio [...] Por óbvio, a despeito de serem entidades sem fins lucrativos, não é vedado às fundações de apoio exercerem atividades econômicas e através delas conseguirem recursos para o seu auto sustento. O que é de sua obrigação é que todos os recursos obtidos sejam empregados integralmente na consecução dos objetivos estatutários de cada uma dessas fundações¹⁵

Em tal ordem de ideias, é seguro afirmar que as fundações de apoio, criadas sob a forma de uma pessoa jurídica de direito privado, são vocacionadas a colaborar a Administração Pública, sobretudo as IFES (Instituições Federais de Ensino Superior), sem, contudo, integrar a estrutura do Estado.

Nessa perspectiva, voltando às considerações iniciais, afirma-se que as fundações de apoio são um **patrimônio**, dotado, naturalmente, de personalidade jurídica de natureza privada, com a **finalidade** principal de auxiliar a Administração Pública em propalar *o ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos*¹⁶, devendo haver uma necessária **vinculação** entre todo o patrimônio gerido por tais entidades aos objetivos desenhados na legislação.

¹⁵ALVES, Francisco de Assis. **Fundações, organizações sociais, agências executivas organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos**. São Paulo: LTr, 2000, p. 69 a 80

¹⁶ Lei 8.958, de 20.12.1994 (D.O.U de 21.12.1994), art. 1º, com redação dada pela Lei 12.863 de 2013: Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas -

Diante da conceituação que se traçou acima, urge situar as fundações de apoio no contexto setorial da economia, na forma como acolhida pelos estudiosos clássicos dessa ciência, reproduzida nas obras mais celebradas de Direito Administrativo.

É sabido que, em virtude das limitações das técnicas organizacionais tradicionais (*descontração e descentralização*¹⁷), aliadas às novas parcerias entre o Estado e os particulares para a consecução de metas públicas, a organização administrativa é analisável a par de diversos sujeitos, atuantes como protagonistas na execução de serviços e atividades de relevância coletiva.

Nessa ordem de reflexão, a doutrina subdivide os setores da organização do Estado, em três pilares (embora corrente teórica de peso sustente a existência de cinco setores¹⁸, a classificação tripartida ainda goza de maior prestígio em âmbito acadêmico):

O **primeiro setor**, representado na figura do próprio Estado, vale dizer, o setor denominado como governamental. Inserem-se, nesse contexto, todas as figuras próprias da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de suas organizações criadas por intermédio da desconcentração administrativa). No mesmo terreno estão as entidades componentes da Administração Pública Indireta, nas quais estão albergadas as autarquias (como geralmente o são as próprias Universidades Federais), fundações públicas, como dito alhures, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A seu turno, o denominado **segundo setor** compreende o setor empresarial, orquestrado, em regra, para finalidades lucrativas.¹⁹ Pela ausência de relevância teórica para a pesquisa aqui desenvolvida, pensa-se ser despiciendo aprofundar considerações a este respeito.

Seguindo, os teóricos da denominada reforma do estado se valem da expressão **terceiro setor** para se referir às entidades privadas, sem finalidades lucrativas, que

ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)

¹⁷ Desconcentração administrativa é o fenômeno denominado para a especialização de funções dentro da própria estrutura estatal, sem criação de pessoas jurídicas diversas, ao passo em que a denominada descentralização represente a transferência de atividades para outra pessoa, física ou jurídica, integrante ou não dos quadros da Administração. Para aprofundar a compreensão do tema, vide CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 306

¹⁸ Discorre-se, atualmente, na existência do denominado quarto e quinto setor, compreendendo, respectivamente, a economia informal e os excluídos da própria economia.

¹⁹ PASQUATI, Norberto. O terceiro setor e os direitos sociais, p. 16: in PANTELEÃO, Leonardo (org). **Fundações Educacionais**. São Paulo: Atlas, 2007.

formalizam parcerias com o Estado (primeiro setor) para a consecução de atividades tangentes ao interesse público.

Segundo a doutrina, o terceiro setor está alocado entre o primeiro e o segundo setor, englobando as denominadas entidades públicas não estatais²⁰. Ressalta-se que a expressão *público não estatal* deve ser compreendida como a finalidade pública por essas entidades (público), bem como o fato de que essas pessoas privadas não integram formalmente a estrutura da Administração Pública (não estatal). Sobredita doutrina admite a existência de quatro esferas ou formas de propriedades relevantes no capitalismo contemporâneo:

a) a propriedade pública não estatal (detém o poder de Estado ou é subordinada ao aparato do Estado); b) a pública não estatal (sem fins lucrativos e utilizada para o interesse público); c) a corporativa (também não possuem fins lucrativos, mas são voltadas para a defesa dos interesses de um grupo ou corporação); e d) privada (orientada para o lucro ou consumo privado)²¹

Portanto, paralelamente às técnicas clássicas de organização administrativa, o Estado atualmente se entrelaça com a iniciativa privada para atingir metas de interesse coletivo. Na mesma direção, Maria Sylvia Zanella di Pietro (embora seja adepta à denominação ‘entidades paraestatais’), elenca como traços marcantes dessas entidades os seguintes parâmetros:

[...] pessoas privadas que colaboram com o Estado, desempenando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império. Não integram a Administração indireta, trata-se de entidades privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional; o desempenho das atividades protetórias por entidades que colaboram com o Estado faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a eles, daí a expressão ‘entidades paraestatais’; nessa expressão podem ser incluídas todas entidades integrantes do chamado terceiro setor²²

Rafael Carvalho Rezende Oliveira²³, na mesma linha, baliza o terceiro setor a partir de **seis demarcações**. Para o autor, para serem enquadradas em tal eixo, as entidades **(1)** devem ser criadas por iniciativa privada; **(2)** não podem possuir finalidade lucrativa; **(3)** não integram a estrutura da Administração Pública indireta; **(4)** prestam atividades de relevância social; **(5)** possuem vínculo (legal ou convencional) com o Estado e **(6)** recebem benefícios públicos.

²⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não estatal. In: **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p. 15.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2015, p. 57.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 249 a 250

²³ *Ibidem*, p. 339.

A par dessas considerações, reputa-se adequado o entendimento de que as fundações de apoio podem ser catalogadas na esfera das ditas entidades paraestatais.

Conforme pontuado acima, os entes de apoio são constituídos por particulares, sob a forma geral das fundações de direito privado, conforme expresso no próprio art. 2º, da Lei 8.958 de 1994 (com redação dada pela Lei 12.349 de 2010):

Art. 2º As fundações a que se refere o art. 1º deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, e sujeitas, em especial: (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Por uma linha de desdobramento, sua finalidade lucrativa é expressamente vedada pela legislação civil (CC, art. 62, parágrafo único), na medida em que só podem se destinar para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. Também como consequência de sua própria constituição por iniciativa privada, não integram a estrutura formal da Administração Pública, porque, em regra, esta não contribui com bens para a sua formação.

No mesmo contexto avaliativo, é importante recordar que elas prestam, de modo inequívoco, atividades de interesse social, porquanto, pela própria dicção do art. 1º, da Lei 8.958 de 1994, devem ser constituídas para exercer atividades de pesquisa, ensino e extensão. De forma genérica, logo, sua função no cenário jurídico nacional é auxiliar a Administração Pública a propalar o ensino, amplamente considerado.

Embora as fundações de apoio não recebam um título específico do estado, similarmente ao que sucede com as organizações sociais de interesse público (OSCIPS²⁴), é certo que mantém vínculos contratuais e convencionais com o Estado, além de serem obrigadas a manter credenciamento junto aos órgãos estatais competentes.

Na mesma linha, também recebem incentivos do Poder Público, na medida em que podem até mesmo ser contratadas por intermédio de dispensa de licitação. Tais pontos, contudo, por constituírem matéria meritória da própria pesquisa, serão alvo de considerações mais alongadas em tópico apartado, a seguir.

Declinadas essas observações, filia-se ao entendimento perfilhado por Norberto Pasquatti²⁵, no sentido de que as fundações de apoio são fundações de direito privado, sem fins lucrativos, não vinculadas ao Poder Público, tendo como característica marcante a de dar

²⁴ Lei 9.790, art. 1º: Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

²⁵ PASQUATTI, Norberto. O terceiro setor e os direitos sociais: in PANTALEÃO, Leonardo (org). **Fundações Educacionais**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 38.

apoio a uma série de atividades ligadas a determinada instituição de ensino superior, especialmente no suporte a pesquisa, incentivo ao desenvolvimento cultural e tecnológico.

Nessa perspectiva, desenhados os principais marcos que caracterizam as fundações de apoio, avança-se para desenhar a forma de relacionamento entre essas entidades e as Instituições Federais de Ensino Superior.

1.2 O relacionamento com as Instituições Federais de Ensino Superior: contratação via dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII, da Lei 8.666 de 1993

Sabidamente, as Universidades Federais, geralmente, assumem a forma de autarquias, classificadas pela doutrina como de culturais ou de ensino²⁶. Em linha de desdobramento, por impositivo constitucional²⁷ e legal²⁸, estão jungidas ao regime jurídico publicístico, sobretudo no tocante ao dever de licitar na aquisição de materiais e contratações de serviços.

É de se observar, entretanto, que essa rigidez no relacionamento entre a Administração Pública sofre certo temperamento quando se cuida de fundações de apoio, conforme será detalhado a seguir.

Impende pontuar, de início, que a licitação é, em regra, obrigatória para que a Administração Pública adquira materiais ou contrate serviços, à luz do que dispõe o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):

(...)

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 26 ed. São Paulo: Atlas, p. 491

²⁷ Constituição Federal de 1988, art. 37: A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte: [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

²⁸ Lei 8.666 de 1993: art. 1º. Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estado, Distrito Federal ou Municípios

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Forçoso consignar que a obrigatoriedade de licitação, delineada no dispositivo transcrito acima, possui dupla acepção. De um lado, compele os agentes públicos, de forma compulsória, a observá-la nas contratações às custas do Estado, de outro, também certifica o dever de observar a formalidade específica prevista em lei para cada caso. A esse título, Hely Lopes Meirelles pontua:

A expressão obrigatoriedade de licitação possui duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral, como também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios da moralidade e da eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente, mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (...)²⁹

A vasta maioria da literatura é concorde em enxergar que o procedimento licitatório é vocacionado para, além de garantir a proposta mais vantajosa para a Administração, atuar como um respaldo aos princípios que regem a atividade estatal, especialmente aquele tocante à isonomia. Ainda segundo Hely Lopes Meirelles, essa preocupação remonta à idade média, o que orientou aos Estados a aprimorarem o instituto, hoje sujeito a uma gama de princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo.³⁰

A despeito da incontestável importância ética e social da obrigatoriedade de licitação, o diploma constitucional lançou mão ao legislador ordinário de instituir hipóteses em que a Administração estaria liberada a contratar diretamente.

Invoca-se, pontualmente, as palavras de Marçal Justen Filho para justificar essa possibilidade legislativa:

[...] existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício de bens buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa.³¹

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed, atualizada por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle, Luís Fernando Pereira Franchini. Malheiros: São Paulo: 2010, p. 139

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40 ed, atualizada por José Emmanuel Burle Filho e Délcio Balestero Aleixo. Malheiros: São Paulo: 2014, p. 298

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 390

Nesse contexto, o legislador ordinário, no art. 24, da Lei 8.666 de 1993, preconizou diversas situações em que, diante das peculiaridades de cada caso, a Administração Pública *dispensar*³² o certame licitatório, observadas algumas formalidades procedimentais, também reguladas pelo mesmo diploma legal (sobretudo no art. 26).

Reverenciando a brevidade, reputa-se suficientes tais parâmetros para a compreensão do tema específico a ser desenvolvido no presente subcapítulo: a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666, vazada nos seguintes termos:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos

Com efeito, o permissivo legal, na visão dos especialistas na área, alinha-se aos mandamentos constitucionais, especialmente aqueles que dirigem comandos ao Estado para promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. Por exemplo, essa é a visão de Jesse Torres Pereira Júnior:

[...] a lei licitatória cumpre, neste inciso, a ordem do art. 218, da Constituição Federal, que incumbe o Estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica³³

Realmente, como forma de fomentar o desenvolvimento da pesquisa, ensina e extensão é através de benefícios públicos, a exemplo da contratação direta. A Lei de Licitações estatuiu um universo de desigualdade jurídica, para, por vias transversas, tutelar outros valores salvaguardados pelo Direito, como a educação, matriz teleológica do dispositivo.

Avançando, interessa declinar os requisitos, pressupostos e limites de aplicabilidade do dispositivo aqui grifado. A análise a seguir desenvolvida será demarcada pelo exame de

³² Não se ignora a existência de institutos congêneres para validar contratações direta, como a licitação dispensada (Lei n. 8.666, art. 17) e a inexigibilidade de licitação (Lei n. 8.666, art. 25). Todavia, diante das limitações naturais ao presente trabalho, limita-se a perfilar apenas a hipótese específica de licitação dispensável prevista no art. 24, XIII, na medida em que o ponto é um dos pilares para o desenvolvimento da pesquisa.

³³ PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. **Comentários à Lei de Licitações e contratos da administração pública**: Lei n. 8.666 de 1993. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 161

cada uma das expressões contidas na norma, pontuando suas principais balizas teóricas, bem como divergências quanto sua interpretação.

Nessa linha, inicia-se no exame do conceito de **instituição**.

Na visão de Marçal Justen Filho, a opção legislativa em veicular o vocábulo instituição, em detrimento de expressões mais genéricas (*peças jurídicas, associações e fundações*, por exemplo), não tem nada de aleatório. Optou o legislador perfilhar nesse caminho por algumas razões. Relacionem-se:

(a) A expressão instituição buscou afastar eventuais contratações com pessoas físicas, uma vez que a ideia do conceito está fortemente imbricada com uma estrutura organizacional que transcende a participação e a identidade do ser humano;

(b) Em uma estrita acepção jurídica, instituição corresponderia a uma pessoa jurídica (lembre-se que as fundações de apoio são patrimônio dotadas de personalidade, por imperativo legal), com realce pela vinculação à realização de certos fins que transcendem os interesses de seus associados, com permanência ao longo do tempo e da estabilidade da atuação. Nesse contexto, a legislação buscou restringir a aplicabilidade do dispositivo para as pessoas jurídicas marcadas por tais critérios objetivos de sua atuação;

(c) Por fim, tencionou evitar dispensas de licitação para a formalização de contratos com entidades despidas de existência social concreta. Nas palavras do autor, a literalidade ‘elimina a possibilidade de contratação direta com associações ou fundações que sejam mera aparência de entidades autônomas, sempre que se encontrem sob o controle de sujeitos específicos e determinados que as orientem para a realização de seus interesses pessoais’³⁴.

Por outro lado, a expressão **brasileira** não é questão que demande grande alcance jurídico, havendo remanso doutrinário em enxergar que são as instituições constituídas sob o império da legislação brasileira e que tenha sua sede e administração no País.

Ainda pontuando os conceitos empregados no dispositivo, acentue-se que a **finalidade regimental ou estatutária** deve ser compreendida como uma preocupação do legislador de limitar essa forma de contratação para instituições que estabeleçam, além de seus atos constitutivos, nos seus regulamentos de menor relevância hierárquica os propósitos de que trata a norma. Mas não é só.

Conforme se verá a seguir, as finalidades apontadas no estatuto ou regimento devem equivaler ao objeto do próprio contrato a ser posteriormente pactuado (o que é denominado pela doutrina de pertinência contratual). A esse título, Fernando Moutinho Bittencourt averba:

³⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 437

a) Incumbidas regimental ou estatuarimente da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional: essas finalidades estatutárias devem estar expressas nos respectivos estatutos ou atos constitutivos, e terão de corresponder ao objeto do contrato (ex. se o contrato tiver ação de ensino, apenas aqueles que detenham tal finalidade estatutária poderão ser cogitados pela contratação)³⁵

Avançando, urge alinhar, aqui, algumas ponderações sobre as finalidades estabelecidas pelo dispositivo (*pesquisa, ensino, extensão e recuperação social do preso*).

É preciso reconhecer, de saída, que o legislador foi bastante genérico ao delinear as finalidades que autorizem a contratação direta, ao menos na hipótese em questão. Isso tem orientado a doutrina (respaldada por decisões do Tribunal de Contas da União) a erigir algumas balizas para a aplicabilidade da prerrogativa em exame, sob pena de validar contratações dissonantes do interesse público, princípio que, como se sabe, é a *pedra de toque* de todo o Direito Administrativo.

Baldados os conceitos genéricos empregados no dispositivo, a opinião jurídica predominante rejeita o manejo do dispositivo para a celebração de contratos com objetos vagos, imprecisos. Avenças desse gênero recebem o selo da nulidade, à luz do ordenamento vigente. Nesse sentido, aliás, o grande doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, um referencial na matéria, assenta textualmente que:

Objetos vagos para fins da Lei nº 8.666/93, como, por exemplo, pesquisar a cura da AIDS são ilegais, dispondo o Estado de outros meios para realizar tais atividades, inclusive mediante subvenção. Aqui, busca-se o serviço ou o bem absolutamente definido e mensurável, com programação de etapas perfeitamente claras. A atividade poderá, inclusive, nem ser a pesquisa, embora firmada com uma entidade dedicada à pesquisa, havendo compatibilidade com o objeto. Tal ocorreria, por exemplo, se uma prefeitura firmasse contrato de treinamento do pessoal acerca de agressões de cobras e aracnídeos e de fornecimento de vacinas com a Fundação Osvaldo Cruz³⁶

De outro lado, deve ser frisado que, conforme compreende o mesmo doutrinador, ‘embora a entidade seja dedicada à pesquisa, algo absolutamente imensurável, o objeto pretendido pela Administração, mesmo diante dos contratos firmados com dispensa de

³⁵ BITTENCOURT, Fernando Moutinho. **Contratações públicas e fundações de apoio**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n.º 171, jul./set. 2006.

³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 424.

licitação³⁷, necessariamente precisa atender aos limites dos arts. 7, §2º e 14, da Lei n. 8.666/93.

Equivale dizer, as obras e serviços a serem posteriormente contratados devem, obrigatoriamente, (1) ser precedidas de um projeto básico aprovado pelas autoridades competentes; (2) ser dimensionados com um orçamento detalhado em planilhas, as quais deverão expressar a composição de seus custos unitários; (3) ser garantidos com previsão de recursos orçamentários, decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o cronograma correspondente; por outro lado, (4) o produto derivado da contratação deve estar contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, em conformidade com o disposto no art. 165, da Constituição Federal³⁸; e, finalmente (5) é necessário que o contrato caracterize o objeto, declinando os recursos orçamentários para seu adimplemento, sob pena de responsabilização da autoridade que tenha avalizado a negociação.

Esclarecidos esses primeiros pontos, prossegue-se para o exame das finalidades em espécie.

Na linha do que já adiantado, o conceito de **atividade de pesquisa** é, naturalmente, bastante vago e impreciso, o que torna imperativo alinhar mais visões doutrinárias a respeito no tema.

Volvendo à obra de Marçal Justen Filho, exsurge que o conceito de pesquisa pode e deve ser interpretado de forma ampla, não sendo razoável tolerar preconceitos quanto ao objeto da atividade a ser desenvolvida.

Todavia, o mesmo autor alerta, que isso não pode servir de justificativa para que, por vias transversas, admita-se que, sob a máscara de pesquisa, venha a ser contratada instituição vocacionada a desenvolver atuações de mercado. Raciocínio diverso representaria malferimento ao princípio da isonomia, porque representaria uma vantagem injustificada de tais entidades sobre os demais competidores³⁹.

Nessa esteira de considerações, grifa-se que pesquisa não deve ser lida, **apenas**, como equivalente a desenvolvimento de soluções inovadoras. Isso é essencial, mas não é determinante. Isso porque tal pressuposto deve ser aliado à despreocupação com a satisfação

³⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 424.

³⁸ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual [...] §1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op cit*, p. 438.

direta de necessidades do pesquisador ou de terceiros, sendo este o selo diferenciador desta finalidade.

Naturalmente, alerta sobredita doutrina⁴⁰, isso não implica em dizer que a pesquisa não possa ter vínculos indiretos com a atividade empresarial. Aliás, é recorrente que atividades dessa natureza estejam fortemente imbricadas com uma perspectiva lucrativas. Mas, repita-se, o que interessa avaliar é se a pesquisa, no sentido legislativo empregado no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, está desonerada da produção obrigatória de efeitos satisfatórios.

Passando à finalidade da **educação**, ressalve-se que os mesmos parâmetros adotados no âmbito da pesquisa devem ser referenciais para o estudo dessa finalidade. Seguramente, sendo dever do Estado propalar e fomentar a difusão do ensino e da educação, o dispositivo deve comportar uma interpretação bastante elástica e ampliativa.

Porém, - é aqui que se deve ter cuidado -, não se pode tolerar que isso chancele a Administração a contratar diretamente entidades do terceiro setor para, por vias transversas, suplantar os mecanismos institucionalizados para o desempenho das atividades educacionais.

Melhor explicando, não cabe a invocação do permissivo legal para o Estado se afastar do seu dever de prestar, diretamente, os serviços de educação que lhe foram outorgados pela Carta da República.

Exatamente por isso que a atitude de *terceirizar* atividades finalísticas tem sido enxergada pela doutrina administrativa, e também pela jurisprudência dominante (em âmbito judicial e do Tribunal de Contas da União⁴¹), como forma de burla às normas imperativas de Direito Público, como a obrigatoriedade de concurso público para cargos de magistério, sobretudo no âmbito de Universidades Federais.

Evoluindo, passa-se ao mais polêmico de todos as finalidades empregadas no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666: o **desenvolvimento institucional**.

É dedutível a problemática que a expressão carrega, pela sua notória generalidade, de conteúdo indeterminado. Para ilustrar, Jorge Ulisses Jacoby dá uma dimensão dessa dificuldade:

[...] de todas as expressões utilizadas no inciso pelo legislador, o desenvolvimento institucional foi a mais ampla. Se a doutrina se debate, até agora, por açambarcar e analisar as acepções da palavra instituição, a rigor, desenvolvimento institucional compreenderia crescimento, progresso, de qualquer coisa em que possa estar

⁴⁰ *Ibidem*, p. 438

⁴¹ O Tribunal de Contas, há muito, luta contra o repasse de atividades fins de atividades típicas das Instituições Federais de Ensino Superior, como, naturalmente, enquadra-se a atividade educacional regular, atividade por excelência das universidades. Nesse sentido o Acórdão 918, lançado pelo Plenário, sob a relatoria do Ministro Aroldo Cedraz

compreendido o termo instituição. Cuidam do desenvolvimento institucional tanto uma empresa que possui um centro de controle de qualidade, como uma faculdade, sindicato ou associação de moradores, qualquer instituição, portanto, que se dedique a um fim. Por óbvio, impõe o interesse público a restrição ao termo, a fim de que o mesmo se harmonize com o ordenamento jurídico⁴²

Primeiramente, é de se ponderar que o desenvolvimento institucional é a finalidade a ser buscada pela contratante. A contratação (por meio de dispensa de licitação) é o instrumento mediante o qual será buscado o objetivo.

Avançando nessa direção, é preciso compreender que o desenvolvimento institucional é uma forma de ampliar a capacidade da instituição contratante de concretizar seus fins de interesse transcendente. Deve englobar um alargamento das habilidades humanas e aquisição de novos conhecimentos.

Em que pesem essas considerações, vislumbra-se que o conceito ainda remanesce com indesejáveis ares de vagueza, o que torna impositivo citar o teor do art. 1º, §1º, da Lei 8.958, de 1994 (com a redação determinada pela Lei 12.349 de 2010) para melhor limitar o alcance da expressão.

Na dicção da norma em referência, entendem-se por desenvolvimento institucional *os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infra estrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das IFES e demais ICTs, para cumprimento eficiente e eficaz de sua missão*. Isso significa dizer que o objeto do acordo, quando calcado na premissa de desenvolvimento institucional, deve estar fortemente imbricado com a elevação das condições da instituição para promover valores e realizar finalidades específicas.

Não basta, todavia, apenas essas condicionantes. Avenças voltadas para aparelhar a contratada de equipamentos ordinários (ligados à atividade cotidiana da IFES), erigir obras, manutenção de atividades de construção, a evidencia, não podem ser alcançadas por esse dispositivo. Outrossim, acordos vagos, desvinculados de uma ligação com determinado projeto específico, também não podem se amoldar ao dispositivo, conforme será melhor detalhado adiante.⁴³

⁴² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 426

⁴³ Isso ressaí da própria leitura da Lei 8.958. Segundo o texto legal (art. 1º, §3º, I e II): [...] É vedado o enquadramento no conceito de desenvolvimento institucional, quando financiadas com recursos repassados pelas IFES e demais ICTs às fundações de apoio, de: [...] I - atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina, bem como as respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de pessoal; e Incluído

Alinhadas essas observações, filia-se ao magistério de Marçal Justen Filho⁴⁴, que propõe que a expressão de desenvolvimento institucional seja demarcada a partir das seguintes balizadoras:

a) Uma atividade especificamente apta a gerar um benefício; **b)** consistente na ampliação potencial de satisfação de um objetivo determinado; **c)** não consistente no atendimento de necessidades materiais de um número indeterminado de pessoas e; **d)** diretamente relacionado à realização dos valores estabelecidos como fim da entidade contratante.

Levantadas as finalidades catalogáveis no inc. XIII, do art. 24, da Lei 8.666⁴⁵, passa-se ao estudo das últimas qualidades assinaladas na norma: a reputação inquestionável e a ausência de finalidades lucrativas.

Reputação inquestionável, conforme dispõe a dicção legislativa, deve ser investigada a partir de fatores éticos-profissionais. Pontualmente, registra-se que a doutrina é bastante silente quanto ao alcance da expressão, limitando-se a pronunciar que possui uma forte carga de subjetivismo e imprecisão, o que, por vias oblíquas, afigura-se como um óbice para o exame da matéria pelo Poder Judiciário. Não obstante, foram localizados alguns parâmetros capazes de orientarem a análise do tema. Veja-se:

São fatos significativos que afetam irremediavelmente a reputação ético-profissional, por exemplo, a sonegação de tributos e contribuições para fiscais, a exploração aviltante de mão-de-obra, o contumaz descumprimento da legislação obreira ou a subcontratação, o frequente e grande volume de reclamações trabalhistas procedentes, a reiterada impontualidade no cumprimento das obrigações, o descumprimento de normas técnicas, o uso da atividade para a obtenção de interesses escusos e também a exiguidade de tempo de existência da empresa⁴⁶

Evoluindo, é necessário o derradeiro registro, nesse lance da análise, de que a ausência de finalidade lucrativa é uma expressão que pode ser melhor compreendida, à luz da doutrina proveniente do Direito Tributário, porquanto a fórmula tem sido empregada como condicionante de benefícios fiscais (ilustrando, a imunidade condicionada, prevista no art.

pela Lei nº 12.349, de 2010) [...] II - outras tarefas que não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da instituição apoiada. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

⁴⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 439

⁴⁵ Considerando as limitações do presente trabalho, reputa-se despidendo aprofundar considerações a respeito da finalidade destinada à denominada recuperação social do preso, porque, por seu objeto, destoa das contratações ordinárias firmadas entre Universidades e as fundações de apoio, alvo da presente pesquisa.

⁴⁶ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo n TC-017.53796-7. Decisão 881 de 1997 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça, em citação ao estudo feito pela 6 Secex. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 26 dez. 1997. Seção 1, p. 31374.

150, VI, c⁴⁷, da Constituição Federal, regulamentada pelo art. 14, do Código Tributário Nacional, caminha nesse mesmo sentido).

Pois bem, a inexistência de finalidade lucrativa foi traduzida pelo CTN (art. 14) como a não distribuição de patrimônio ou renda. Isso significa dizer que o criador (instituidor, mantenedor, associado ou filiado) não tenha finalidades lucrativas para si.

Naturalmente, não corresponde a dizer que a entidade não possa auferir resultados positivos (receita superior à despesa). O que é vedado é a distribuição da renda, devendo haver a aplicabilidade de tais valores na consecução de suas próprias atividades. A esse título, Luciano Amaro aporta algumas observações que relevam transportar para cá:

A entidade será, por decorrência, sem fim de lucro, o que – repita-se – não é obstáculo para que aplique disponibilidades de caixa e aufera renda, ou a que, eventualmente, tenha, em certo período, um ingresso financeiro líquido positivo (superávit). Esse superávit não é lucro. Lucro é conceito afeto à noção de empresa, coisa que a entidade, nas referidas condições, não é, justamente porque lhe falta o fim de lucro (vale dizer, a entidade foi criada não para dar lucro ao seu criador, mas para atingir uma finalidade altruísta). A falta de clareza na visão desse problema (apesar de ter sido adequadamente regulado pelo CTN) gerou uma série de discussões sobre se a atuação da entidade imune teria de ser gratuita, ou sobre a possibilidade de ela auferir, receita de aplicações financeiras. É claro que – como instrumento de justiça distributiva – ela pode, e, frequentemente, deve cobrar por serviços ou bens que forneça, e deve aplicar sobras de caixa; o importante é que todo o resultado daí apurado reverta em investimento ou custeio para que a entidade continue cumprimento seu objetivo institucional ou de assistência social⁴⁸

Então, as fundações de apoio podem ter a fluência de resultado positivo em seus caixas, o denominado superávit (nas palavras do autor), ou, em linguagem técnica, *ingresso financeiro líquido positivo*. Vedado está, apenas, a diluição de tais aportes em favor dos associados, de forma direta (valores em espécie) ou indireta (via benefícios a qualquer outro título).

Passando em revista todos os contornos do art. 24, XIII, da L 8.666, esses eram os principais marcos, **subjetivos**, que autorizam a contratação direta de fundações de apoio.

Um último ponto, contudo, reclama uma avaliação mais alongada.

Embora não esteja expresso no dispositivo, é fundamental ressaltar que o art. 24, XIII, não pode ser visto como um instrumento para a realização de qualquer contratação, à revelia de procedimento licitatório, quando preenchidos os requisitos subjetivos da entidade acima

⁴⁷ Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: [...] c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

⁴⁸ AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181

declinados. Soaria despropósito supor que as qualidades estritamente pessoais de determinada entidade viabilizassem um benefício dessa espécie.

Sob certa perspectiva, quando o Estado delega determinadas atividades a uma instituição privada, tal entidade assume correspondência à atuação do próprio poder público. Por uma linha de desdobramento, portanto, a Administração transfere a execução de um mister por um instrumento jurídico que guarda bastante proximidade temática com os *convênios*⁴⁹ (embora com estes não se confundam). Isso se dá, como visto, pela própria ausência de finalidade não lucrativa e por estar voltada para a consecução de metas tipicamente estatais: a promoção da pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional (além da recuperação social do preso, o qual se abstivemos de tecer comentários).

Em via de consequência, é totalmente despropósito produzir um contrato cujo objeto não equivalha a uma atividade final da própria instituição, na esfera daquelas inseridas no texto legal. Menos admissível, por outro lado, é a desnaturação do fim da fundação de apoio para absorver outros objetivos, de interesse exclusivo da Administração, como pretexto para captar recursos, a bem de cancelar a sua manutenção.

À luz do que foi pontuado acima, a jurisprudência do Tribunal de Contas⁵⁰ e a literatura jurídica especializada no tema têm postulado a configuração de um requisito de ordem objetiva para permitir o enquadramento da contratação no permissivo legal: um **vínculo de pertinência entre o fim da instituição e o objeto do acordo**.

Explora-se, nesse particular, as convicções de Fernando Moutinho Bittencourt, autor que subdivide o requisito objetivo em questão em 03 (três) aspectos:

⁴⁹ Embora tenha constado na projeção do presente trabalho monográfico o aprofundamento sobre o tema relacionado à celebração de convênios entre fundações de apoio e a Administração Pública, resolvemos excluir tal abordagem do presente trabalho, porque não seria viável conciliar, com uma profundidade mínima, todos os temas elencados em seu recorte inicial. A despeito disso, para evitar vácuos teóricos, esclarecemos que convênios diferem dos contratos, em vários aspectos. O mais marcante de todos, sem dúvida, é que, na relação convenial, todas as verbas provenientes dos cofres públicos devem ser canalizadas para aplicação na atividade objetivamente. Em virtude disso, estão desautorizadas, por esse título, a remuneração dos agentes envolvidos ou o incorporamento de bens ao patrimônio da fundação conveniada. É admitido, no máximo, o reembolso de atividades no interesse da atividade objeto do convênio. É o que ressaí da leitura da Instrução Normativa n. 01 de 1997, da Secretária do Tesouro Nacional (D.O.U 15.01.1997), disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/estados/IN_STN_1_1997_Convenios/IN_stn_01_15jan1997_convencios.htm> Acesso em: 20 set. 2015.

⁵⁰ O TCU já assentou que ‘na hipótese de desconsideração do objeto a ser contratado, estar-se-á concendendo às entidades em questão privilégios além daqueles eu se pretendeu. Ademais, tal prática provocará um completo desvirtuamento do instituto da licitação, pois qualquer serviços poderá ser contratado sem licitação, bastando que a contratada possua os requisitos estabelecidos na lei. Ao se levar em conta somente a característica da contratada, estar-se-á permitindo, portanto, uma interpretação absurda do inciso XIII do art. 24’ (Decisão 830 de 1998, do Plenário da Corte, a qual reformulou a Decisão 100 de 98, da 1 Câmara para estabelecer a observância de vínculo de pertinência temática entre a natureza da instituição e o objeto a ser contrato, Relator Min. MARCOS VILAÇA, D.O.U de 11.12.1998)

- 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;
- c) Atividade essa que seja desenvolvida pela contratante e pelo contratado⁵¹

Inicialmente, pontue-se que é requisito de validade da dispensa que a instituição contratante formule, em caráter preliminar, um projeto (cujo produto pode ser serviço ou bem, absolutamente definido e mensurável, com etapas perfeitamente claras, coibindo acordos vagos), devidamente aprovado, consoante preleciona o art. 1º, §4º⁵², do Decreto 5.205 de 2004 (o qual regulamenta a Lei 8.959 de 1994).

Nessa linha, opta-se por se apropriar de excertos da decisão 1646, de 2002, do Plenário do Tribunal de Contas da União, o qual é bastante esclarecedor para a compreensão dessa faceta do liame de pertinência:

[...] O contrato deve estar diretamente vinculado a ser cumprido em prazo determinado e que resulte de um produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas, desvinculada de projeto específico [...] para efeitos desta determinação, um projeto de produtos específicos e concretos que materializem os objetivos gerais da ação administrativa, uma duração temporária predefinida e limitada de suas operações; e uma consequência nítida da expansão quantitativa ou qualitativa (aperfeiçoamento) da instituição em função da realização de seus produtos, sendo normativamente definido como ‘um instrumento de progressão para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorra para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo’ (Portaria 42 de 1999, art. 2º, alínea b, do Ministério do Orçamento e Gestão, publicado na no D.O.U 15.04.1999) [...] em consequência, a instituição deve anexar junto a todos os processos de dispensa de licitação [...] como parte integrante e indissociável da justificativa que exige o art. 26, da Lei 8.666 de 1993, projeto específico de ensino, pesquisa, extensão, ou desenvolvimento institucional [...]⁵³

Seguindo nesse raciocínio, pensa-se ser dedutível que o acordo a ser firmado entre as IFES e as fundações de apoio, pela própria dicção do art. 24, XIII, da Lei 8.666, não pode destoar das finalidades de ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional. É o que se denomina de pertinência absoluta.

Entendimento diverso implicaria soluções absurdas.

⁵¹BITTENCOURT, Fernando Moutinho. **Contratações públicas e fundações de apoio**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n.º 171, jul./set. 2006.

⁵² Art. 1º As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão celebrar com as fundações de apoio contratos ou convênios, mediante os quais essas últimas prestarão às primeiras apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, por prazo determinado: [...] § 4º Os programas ou projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico deverão ser previamente aprovados pela instituição apoiada para que possam ser executados com a participação da fundação de apoio.

⁵³ Decisão 1646 de 2002. Plenário. Tribunal de Contas:

Apenas para ilustrar, raciocínio inverso viabilizaria que as IFES, visando a compra de materiais ordinários (por exemplo, materiais de conservação predial), recorra a uma fundação vinculada, realizando acordo, ao alvedrio do certame licitatório correlato, transferindo verbas necessárias à aquisição, assinalando como cláusula de comodato em seu favor. Tamanha burla às normas licitatórias (e, por via de consequência, à moralidade) não pode ser reputada adequada, à luz do ordenamento jurídico, em que pesem algumas opiniões em contrário⁵⁴.

Digna de nota, ainda, a necessidade de averiguar, em cada contratação, a existência de **um vínculo de pertinência relativa**. Enquanto a correlação absoluta reside na análise do objeto do acordo, em contraponto com o texto legal (analisado abstratamente), a correlação relativa deriva de uma análise do acordo, em concreto, avaliando se as características da fundação contratada (sobretudo as finalidades desenhadas em seu estatuto), permitem a consecução do objeto do acordo firmado com as IFES. Segue-se a orientação doutrinária sobre o tema:

Mas, ainda quando se configure uma atividade que se enquadre nos aludidos conceitos, é imperioso que o objeto específico da contratação se traduza numa atividade específica da instituição contratada. Assim, uma instituição voltada à pesquisa, não pode ser contratada sem licitação para desempenhar atividades de recuperação social do preso. Mais ainda, deve ter-se vista a vocação específica e delimitada de atuação da instituição no âmbito dos diversos objetos. O raciocínio é o de que não existem instituições de fins gerais. Uma instituição não se dedica à ‘pesquisa’ numa acepção ampla que pudesse abranger todos os setores do conhecimento humano⁵⁵

Dito de outro modo, não pode ser validada a dispensa de licitação quando não *existir conexão entre o serviço a adquirir pela Administração e as de pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição contratada*⁵⁶. É imprescindível que, para além do objeto do acordo englobar alguma das finalidades enunciadas no dispositivo, seja essa mesma meta que corresponde à finalidade institucional da fundação de apoio contratada, isoladamente apreciada.

Dito isso, encerra-se, sem a mínima pretensão de esgotar o tema, o delineamento dos requisitos de ordem subjetiva (*instituição brasileira, incumbida, regimental ou*

⁵⁴ Antônio Roque Citadini (**Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. São Paulo: M. Limonad, 1999), por exemplo, cita precedentes do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, autorizando compras genéricas de bens e serviços a entidades de fins não-lucrativos (laboratórios farmacêuticos públicos), com base no art. 24, XIII, da Lei 8.666 de 1993, aludindo, acertadamente, tais deliberações como uma reserva de mercado injustificada

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 441

⁵⁶ TCU, Decisão 252 de 1999, Ata 19 de 1999, Plenário; Decisão 881 de 1997, Plenário, Ata 47 de 97, publicada junto à Ata 52 de 1997.

estatuariamente, da atividade de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, sem finalidade lucrativa e de reputação inquestionável) e objetiva (premência de projeto previamente aprovado pela contratante, pertinência absoluta com os objetivos alinhados no dispositivo e pertinência relativa da entidade contratada) para a incidência do permissivo previsto no art. 24, XIII, da Lei 8.666, de 1993, reproduzido e complementado na Lei 8.958 de 1994.

Em linha de encerramento, porém, buscando conferir maior completude ao presente trabalho, reputa-se conveniente, para a boa compreensão da pesquisa, pinçar alguns aspectos a respeito da questão da viabilidade de subcontratação dos serviços acordados pelas fundações de apoio.

Pelos parâmetros alinhados até este momento, pode-se divisar que a contratação das sobreditas entidades demanda uma análise bastante rigorosa das qualidades subjetivas da futura contratada. O TCU, nesse passo, inclina-se em pronunciar a invalidade de acordos celebrados sem a estrita observância das características próprias da fundação.

Desdobrando esse raciocínio, fácil perceber que essa espécie de contratação direta é firmada em caráter personalíssimo (*intuitu personae*), o que implica em reflexos bastante enérgicos para subcontratações.

É lição basilar em Direito Administrativo que a subcontratação integral de contratos é, em regra, postura vedada pela interpretação do art. 72⁵⁷, da Lei n. 8666, respaldada pela doutrina, sob pena de esvaziar os próprios propósitos do certame licitatório.

Porém, no caso da contratação direta de fundações de apoio, a questão, como visto, é mais delicada. Não haveria razões para liberar a Administração de promover o certame licitatório correlato, quando, por vias transversas, a contratada viesse a delegar parcela substancial dos acordos a terceiros.⁵⁸

A par disso, a literatura jurídica, amparada por decisões do Tribunal de Contas da União⁵⁹, entende inadmissível que o disposto no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666, seja invocado para cancelar contratações instrumentais, orientada apenas pelo mote de liberar as Instituições Federais de Ensino Superior de promover a licitação quando necessária. Nessa

⁵⁷Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

⁵⁸ A forma como se opera o relacionamento das fundações de apoio com terceiros, no curso de contratos que envolvam aportes financeiros públicos, por consistir em um dos objetivos principais do trabalho, será alvo de considerações em tópico próprio, no segundo capítulo desta pesquisa.

⁵⁹ De igual modo, é pacífico também o entendimento de que, quando da contratação direta prevista no art. 24, XIII, da Lei 8.666 de 1993, deve estar comprovada a capacidade de execução do objeto contratual com estrutura própria e de acordo com as competências da contratada, sendo inadmissível, nesses casos, a subcontratação parcial dos serviços contratados.

perspectiva, para validar tal hipótese de contratação direta, é impositivo que a entidade fundacional ostente estrutura viável para executar, de maneira própria, as obrigações que assumiu perante o Estado.

Nesse propósito (grifos não constantes no original):

Por certo, não se admite que o inc. XIII, **seja utilizado para contratações meramente instrumentais, nas quais a instituição empresa seu nome para a Administração obter certas utilidades sem promover licitação.** A constatação de que a estrutura própria da instituição é insuficiente para gerar a prestação adequada a satisfazer a necessidade estatal inviabiliza a aplicação desse dispositivo. Portanto, somente se admite a aplicação do dispositivo em questão quando a entidade contratada dispuser de condições para executar, de modo autônomo e mediante os seus próprios recursos, o objeto contratual⁶⁰

Essas eram, em suma, as ponderações reputadas mais relevantes a respeito das fundações de apoio, sua natureza, regime jurídico e sua forma de relacionamento com as Instituições Federais de Ensino Superior. Avança-se, neste momento, para examinar a segunda etapa da pesquisa, buscando subsídios para apontar se elas são adequadamente utilizadas para fomentar o desenvolvimento das Universidades ou, do contrário, são mecanismos aptos a burlar os regramentos de observância do regime jurídico de Direito Público.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 443

2 LEGALIDADE E EFICIÊNCIA: AS FUNDAÇÕES DE APOIO COMO FRAUDE AO DIREITO ADMINISTRATIVO OU FERRAMENTA PARA AVANÇOS INSTITUCIONAIS

No capítulo precedente, declinou-se os principais referenciais teóricos utilizados pela literatura jurídica para o enquadramento das fundações de apoio, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Na mesma ordem de ideias, expôs-se as principais características da forma de relacionamento entre tais entes e as Universidades Federais, pontuando as balizas de suas contratações diretas.

A partir deste marco, irar-se-á desdobrar a pesquisa sob dois prismas. Primeiramente, irá se investigar as raízes das fundações de apoio, resgatando alguns aspectos históricos que justificaram a sua instalação no seio do ensino superior. Aproveitando tal ensejo, delinear-se-á algumas formas pelas quais tais entidades propiciam benefícios para as IFES, declinando alguns argumentos jurídicos e políticos invocados para a sua manutenção.

Na sequência, buscar-se-á investigar se existe compatibilidade entre a forma de implementação dessas parcerias e os ditames do regime jurídico publicístico, inventariando algumas situações que possam comprometer os pilares do Direito Público, em virtude da utilização desse modelo de cooperação.

Preliminarmente, a bem de situar o leitor na discussão que paira sobre esses relacionamentos, vale registrar que o tema foi alvo de severa discussão no âmbito da Universidade de São Paulo (USP), Instituição que foi palco de contestações, pelo movimento estudantil, do papel das fundação de apoio que, conforme noticiado na imprensa, teria sido indevidamente utilizada para finalidades obscuras.

Com efeito, Iran Siqueira Lima, em artigo intitulado *Fundações de Apoio à USP: Pelo Diálogo e pelo Consenso*, citado por Frederico da Silva Barbosa⁶¹, identifica os principais argumentos invocados para impugnar a legitimidade dos relacionamentos em exame (embora dirigidos especificamente à USP, as fundamentações podem ser generalizadas):

As fundações de apoio utilizam-se de bens móveis e imóveis da USP; a maioria dos contratos celebrados com as fundações pelos órgãos públicos não são precedidos de licitação; os recursos transferidos pelas fundações à USP são mínimos; as fundações sobrevivem às custas do poder público; as fundações de apoio causam desigualdade entre docentes das universidades públicas, pois remuneram uma parte deles, enquanto que outra parte permanece apenas com a parca remuneração da Universidade; as fundações de apoio cobram pelos cursos que ministram; as

⁶¹ BARBOSA, Frederico da Silveira. *Relacionamento de Fundações Educacionais com as Universidades Públicas*. in PANTALEÃO, Leonardo (org). **Fundações Educacionais**. Atlas, São Paulo: 2003.

fundações de apoio atuam como se fossem empresas privadas e as fundações de apoio representam a privatização da universidade pública⁶²

Tencionando contrapor esses fundamentos, o doutrinador, na mesma assentada, é enfático ao propalar a relevância social das fundações de apoio na esfera universitária. Veja-se:

As fundações de apoio destinam recursos às universidades públicas; dão suporte ao desenvolvimento do ensino, da pesquisa e da extensão, essenciais à universidade; flexibilizam o rígido e burocrático sistema estatal, estimulam os professores a ficarem na universidade; promovem cursos de educação continuada, fomentando a extensão universitária⁶³

A par dessas considerações, observa-se que a discussão relativa às fundações de apoio é edificada sobre dois pilares jurídicos (desprezando qualquer ponderação política a respeito dessa situação). De um lado, parcela da comunidade jurídica enxerga uma válvula de escape ao regime jurídico do Direito Público, na medida em que a parceria com o terceiro setor estaria sendo manejada para afastar a Administração de observar todas as limitações que lhe são dirigidas pela Constituição Federal de 1988. Invoca-se, assim, uma violação ao princípio da legalidade para atacar tais relacionamentos.

Por outra via, os defensores das fundações de apoio buscam conferir uma aparência de essencialidade de tais relacionamentos para a manutenção e professo da instituição apoiada. Sob fundamento de otimizar a execução de projetos e contribuir na captação de receitas para as IFES, utiliza-se o princípio da eficiência para chancelar a manutenção desses pactos.

Pode-se notar, à luz desses dois pontos de vista, que as fundações de apoio tanto podem representar uma ponte para o desenvolvimento das IFES, quanto uma forma de contornar o ordenamento jurídico, especialmente naquilo que tangencia os princípios e limitações da Administração Pública.

Assim, proceder-se-á, nas linhas a seguir, um exame de alguns aspectos de cada uma dessas perspectivas, à luz dos princípios, aqui em conflito, da legalidade e da eficiência, para, ao final, alcançar algumas conclusões acerca dos benefícios e limites da atuação das fundações de apoio.

2.1 A ferramenta para avanços institucionais

⁶² UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Revista Adusp*. Dezembro de 2001. p. 42 Disponível em <http://www.adusp.org.br/files/revistas/24/p41_46.PDF>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁶³ *Ibidem*, p. 42

No desenrolar da pesquisa, poderá se perceber que não faltam críticas à forma como se opera o relacionamento entre as IFES e as fundações de apoio. A vasta maioria da doutrina administrativista, respaldada pelos órgãos de controle, não poupa esforços em averbar que se tratam de mecanismos ilícitos, para a fuga ao regime jurídico publicístico, conforme ilustrar-se-á alhures.

No entanto, a despeito das críticas de vários segmentos dos militantes do campo jurídico, as fundações de apoio ainda se proliferam no âmbito das Instituições de Ensino, o que torna imperativo propor um olhar diferenciado sobre essas parcerias.

Baseados em discursos conservadores, não se estaria fechando os olhos para uma realidade que, ao invés de representar um obstáculo para as IFES, podem ser, em verdade, configurar uma ferramenta imprescindível para o progresso das universidades brasileiras?

Esse novo olhar às fundações de apoio é pleiteado por alguns segmentos mais modernos da literatura, conforme se depreende de trecho de dissertação de mestrado de lavra de Alexandre Pacheco da Silva:

Todavia, mesmo que esta leitura encontre subsídios no arcabouço fático na atuação das fundações, ela é suficiente para esgotar o debate sobre fundações de apoio? Não estaríamos perdendo questões relevantes sobre as transformações sofridas nos últimos anos nas universidades públicas brasileiras? Obstáculos que as universidades públicas vêm enfrentando para o cumprimento de suas finalidades não estariam sendo ignorados? Não estaríamos tratando de uma entidade que, para além das classificações, carrega em si uma importância e uma missão no contexto do desenvolvimento econômico do país? Antes de ser o principal problema, as fundações de apoio não seriam uma solução, ainda que mal formulada ou juridicamente precária? Nesse sentido, não deveríamos dar um passo adiante e refletirmos sobre o seu conceito, não mais como uma espécie do gênero fundações não estatais, mas como entidade com características e função própria no contexto universitário, em que seja possível a convivência entre regras do regime jurídico do direito público e do direito privado? Menos preocupada com a estrutura fundacional das fundações de apoio, mas sim com seu contexto nas universidades públicas?⁶⁴

Nessa linha de abordagem, avança-se para examinar as fundações de apoio, não como mera burla às normas de Direito Público, mas um instrumento jurídico legítimo e saudável para propiciar o desenvolvimento das IFES.

Estruturar-se-á este lance da pesquisa a partir de **02 (duas) demarcações**. Primeiro, buscando fazer um resgate histórico do contexto universitário, sobretudo na década de 90, o qual criou um campo propício para a expansão das relações das IFES com o terceiro setor, a bem de compreender adequadamente esse fenômeno. Segundo, pontuando aspectos do marco

⁶⁴ SILVA, Alexandre Pacheco da. **Antes de uma Fundação, um conceito**: Um estudo sobre a disciplina jurídica das fundações de apoio na cooperação entre Universidade e Empresa. São Paulo: FGV, 2011, 322 p. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011

regulatório da Lei 8.959 de 1994, à luz da jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal de Contas da União, no afã de delimitar qual o verdadeiro papel das fundações de apoio na esfera do ensino superior.

2.1.1 Precedentes históricos para a proliferação das fundações de apoio no cenário jurídico nacional

Em uma perspectiva doutrinária⁶⁵, as fundações de apoio surgiram no cenário nacional ainda nos meandros da década de 70. O fundamento de fundo para cancelar, já naquela época, as contratações dessas entidades era a busca pela autonomia administrativa das universidades, especialmente no terreno da gestão de atividades de pesquisa.

Como pessoas jurídicas de direito privado, as fundações representavam uma maior flexibilização na gestão de compras, contratação de pessoal celetista e na prestação de contas (alguns desses pontos, conforme se vê, foram alvo de contestação linhas acima), ostentando, portanto, a capacidade de garantir maior celeridade na prestação de serviços.

Na década de 90, essa função foi alargada. Os administradores passaram a enxergar as fundações de apoio, mais do que um mero veículo para imprimir eficácia na gestão dos recursos, mas como uma potencial fonte de captação de recursos, além dos dotes orçamentários que lhe eram outorgados pelo Poder Executivo.

Segundo a literatura, essas verbas externas eram destinadas, sobretudo, para a complementação salarial dos servidores e ao reforço dos escassos orçamentos dos departamentos universitários. Era uma verdadeira resposta para a dificuldade de recursos de OCC (outras despesas correntes e de capital) e para o achatamento salarial.

Em que pese o art. 207⁶⁶, da Constituição Federal da República de 1988 tenha validado a autonomia universitária, no âmbito didático-científico, administrativo e gestão financeira e patrimonial, a sua implementação, similarmente ao que sucede no campo de diversas outras políticas públicas, não teve sua eficácia plena atingida, especialmente na esfera financeira e patrimonial.

⁶⁵ SCHWARTZMAN, Jacques. O Financiamento das Instituições de Ensino Superior no Brasil. In: **Seminário sobre os Desafios do Ensino Superior, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001398/139879por.pdf>>. Acesso em 14/11/2014.

⁶⁶ Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Na mesma ordem de raciocínio, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB –Lei 9.394 de 1996) impôs à União o dever de assegurar, em cada exercício financeiro, por intermédio de seu orçamento geral, recursos suficientes para a manutenção e desenvolvimento das instituições de educação de ensino superior:

Art. 55. Caberá à União assegurar, anualmente, em seu Orçamento Geral, recursos suficientes para manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior por ela mantidas.

Porém, em termos práticos, remanesce a indefinição sobre a forma de como se proceder para assegurar a estabilidade do fundo público a ser vertido ao financiamento da educação superior brasileira.

Diante de um estrangulamento orçamentário que se iniciou na década de 90, as Instituições Federais de Ensino Superior foram se aproximando daquilo que, nas palavras de Nelson Cardoso de Amaral, denomina-se quase mercado educacional:

No ensino superior, o que se viu foi, no contexto do ‘quase-mercado’ educacional, uma pregação em favor do eficientismo, da competição entre instituições, de um gerenciamento administrativo-acadêmico que segue padrões de empresas privadas, e da procura por fontes alternativas de financiamento que complementassem as do fundo público⁶⁷

Ainda segundo o mestre, as instituições públicas, nessa nova formatação, passaram a atuar com um híbrido público-privado. De um lado, a respeito de seu financiamento, embora seguisse absorvendo recursos dos cofres públicos, estes eram cada vez mais enxugados. A par disso, as entidades foram compelidas a saírem em busca de novas receitas, prestando serviços à população, ofertando cursos de especialização e extensão, consultorias e assessorias, tudo por intermédio de taxas, matrículas, serviços de laboratório, entre outros.⁶⁸

Sob uma lógica orçamentária, é de se concluir que os recursos diferem, em certa medida, dos repasses provenientes dos cofres do Tesouro Nacional e daqueles derivados de convênios firmados com organismos públicos e privados.

Nessa direção, a doutrina observa que a procura por formas de alargar os recursos implicou, a reboque, em uma corrida das Instituições Federais de Ensino Superior para as fundações de apoio, passando-as utilizar como um mecanismo de interlocução entre a

⁶⁷ AMARAL, Nelson Cardoso. **Financiamento da educação superior**: estado x mercado. São Paulo: Cortez, Unimep, 2003, p. 27.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 54

Administração e o mercado, algo que, nessa visão, agravaria o quadro de inserção no chamado *quase mercado educacional*.⁶⁹

Apenas para ilustrar essa realidade, cabe o registro de que, em 1995, as fundações de apoio devidamente credenciadas eram 42 (quarenta e duas), ao passo em que, 07 (sete) anos depois, em 2002, esse número foi elevado para 96 (noventa e seis), o que significa, em critérios percentuais, um aumento de aproximadamente 129% (cento e vinte e nove por cento).

Em 2008, segundo dados validados pelos Tribunais de Contas da União, existiam no Brasil aproximadamente 60 (sessenta) Instituições Federais de Ensino Superior, sendo que, desse quadro, 55 (cinquenta e cinco) eram universidades; 01 (uma) era faculdade e 04 (quatro) eram centros de educação, de acordo com o credenciamento válido junto ao MEC-MCT.

Ainda segundo Amaral, o direcionamento das IFES para as fundações é imbricado, em uma primeira fase, com o decréscimo de recursos geridos por essas entidades, no período de 1995 e 2002. O autor ilustra que, em 1995, foram executados aproximadamente R\$ 13.410.000.000,00 (valores corrigidos pelo IGP-DI-FGV, em cotação de preços em janeiro de 2003). Contudo, em 2002, valendo-se dos mesmos critérios, o numerário movimentado chegou a aproximadamente dez bilhões de reais⁷⁰.

No mesmo lapso temporal, contudo, não foi vislumbrado qualquer acréscimo orçamentário, derivado dos cofres públicos, digno de nota em relação aos cofres das IFES. A este respeito, a doutrina traça alguns apontamentos relevantes, os quais cabe transportar para cá:

Em um primeiro momento, o que se percebe é um forte decréscimo desses ingressos decorrentes da interrupção, em 1995, de um mecanismo que possibilitava, em uma época de altíssimos índices inflacionários, a aplicação financeira de recursos financeiros do Tesouro destinados ao pagamento de pessoa. Em 1994, no auge da aplicação deste mecanismo, as receitas próprias arrecadas por todas as IFES, em dados de execução orçamentária, montaram a R\$ 1.514.000.000,00 (IGP-DI-FGV, a preços de janeiro de 2003). Em 1996, pelos mesmos critérios, esses recursos atingiram apenas 900 milhões de reais. Entre 1999 e 2002 oscilaram em torno de R\$ 350.000.000,00⁷¹

Conforme pontuado pela Corte de Contas, a explicação para o sobredito decréscimo é bastante singela. Uma parcela bastante significativa dos recursos arrecadados passou a ser intermediada pelas entidades fundacionais. Em tal perspectiva, os numerários excedentes passaram a fluir alheios à conta única do Tesouro Nacional (medida contestada pelo Tribunal,

⁶⁹ *Ibidem*, p. 182 a 183

⁷⁰ *Ibidem*, p. 186 a 187

⁷¹ *Ibidem*, p. 187.

naquela assentada, por representar malferimento à legislação que rege a execução orçamentária da administração pública federal). Nessa ordem de ideias, Schwartzmann pondera que:

De fato, hoje existem mais de 100 fundações ligadas às IFES, que se tornaram um essencial suporte na captação de recursos extras, principalmente aqueles oriundos da prestação de serviços e do oferecimento de cursos de extensão. Na maior parte das vezes, esses recursos não passam pelos orçamentos das IFES, sendo receitas e despesas contabilizadas somente nas Fundações. Estes e outros procedimentos tem sido objeto de acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União e outros órgãos de fiscalização, mas ainda sem uma definição clara das práticas que devem ser adotadas [...] Não existem estatísticas consolidadas sobre o volume de recursos geridos por Fundações. Eles variam muito, dependendo da Fundação e da IFES, mas em certos casos podem movimentar recursos várias vezes superiores aos aportados a título de OCC [outras despesas correntes e capital] pelo Tesouro. Em consequência, uma completa análise financeira das IFES somente será atingida quando se conhecerem os recursos utilizados pelas IFES através de suas fundações, mas que não integram seus orçamentos⁷²

Acredita-se que, em boa medida, este fenômeno pode ser creditado à conta da famigerada política orçamentária do Poder Executivo Federal que, sucessivamente, omitiu-se no cumprimento dos mandamentos constitucionais e legais, deixando de dotar os orçamentos das Instituições Federais de Ensino Superior para a internalização de receitas próprias arrecadadas.

Em linha de desdobramento, os gestores, temerosos com o achatamento orçamentário, viam-se obrigados, ainda que à revelia da lei, a manter os recursos próprios arrecadados pelas contas das fundações de apoio.

Sucedede que houve sensível recuperação, a partir de 2004, dos valores canalizados em todas as IFES, tendo essas entidades apresentado, entre 2003 e 2007, um acréscimo de 35% em seus cofres.

No entanto, a despeito do inegável acréscimo patrimonial das Instituições de Ensino Superior no aludido período, o movimento líquido de recursos empenhados para fundações de apoio dobrou no mesmo período, sendo certificado por dados da Segecex⁷³ (TCU).

⁷² SCHWARTZMAN, Jacques. O Financiamento da Instituições de Ensino Superior no Brasil. In: **Seminário sobre os Desafios do Ensino Superior, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. Disponível em: < file:///C:/Users/Pablo%20Kipper/Downloads/SCHWARTZMAN,%20Jacques%20-%20O%20Financiamento%20das%20Institui%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em 14/11/2014.

⁷³ Brasil. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão de fiscalização e de orientação centralizada. Avaliação do relacionamento das Instituições Federais de Ensino Superior e suas Fundações de Apoio. Relatório de consolidação. Diversas falhas. Determinações e recomendações. Acórdão n. 2.731 de 2008. Plenário Disponível em Acórdão TCU 2731/2008. Acesso em 14/11/2015.

Isso também pode ser debitado à política financeira e orçamentária do Executivo, que, sucessivamente, concentra a liberação de recursos no último mês do exercício financeiro. Na iminência dos valores serem revertidos aos cofres do Tesouro, os gestores das IFES empenham, mediante dispensa de licitação, os numerários para suas fundações de apoio.

Historiado o contexto de surgimento das fundações de apoio, avança-se, neste momento, para analisar o papel que desempenham no contexto universitário atual.

2.1.2 Papel desempenhado pelas fundações de apoio no contexto universitário atual

Proceder-se-á um exame do papel desempenhado pelas fundações de apoio, à luz das diretrizes traçadas pela Lei n. 8.958/94, em consonância com a doutrina e o entendimento perfilhado majoritariamente pelo Tribunal de Contas da União.

Anteriormente à modificação introduzida pela Lei n. 12.349/2010, a Lei n. 8.958/94 (art. 1º, *caput*) já era bastante clara ao acentuar que as fundações de apoio, a rigor, eram *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*.

Nessa diretriz, embora seja lamentável que se vislumbrem certas distorções na utilização dos entes de apoio, não raras vezes utilizadas em propósitos bastante dissonantes do campo do saber, é certo que as fundações de apoio, em sua finalidade legal, devem atuar como fomentadoras e facilitadoras da diluição da pesquisa, do ensino e da extensão, além, é claro, de impulsionar o desenvolvimento institucional das instituições com as quais atuam.

Mas a questão que interessa indagar, nesse lance, é como se opera dito "apoio"?

Com efeito, conforme averbado pelo Tribunal de Contas da União (decisão 655/2002, plenário), a expressão "apoio" deve ser lida sob as lentes do art. 218, da Constituição Federal, segundo o qual o "Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas", acrescentando, no §3º, que o Estado também apoiará as atividades de ciência, pesquisa e tecnologia, "e concederá aos que dela se ocupem meios e condições especiais de trabalho".

Assentada a necessidade de observar essa diretriz constitucional, avança-se para qualificar o "apoio" exercitado por tais entidades. Na medida em que o texto original foi silente a esse respeito, abriu-se caminho na doutrina para avaliar quais as atividades poderiam ser descentralizadas em favor das fundações de apoio e, em contrapartida, quais funções deveriam ficar sob o pálio exclusivo das instituições da Administração Pública.

Um referencial bastante útil para a solução dessas indagações é a análise do anteprojeto do Poder Executivo, no qual foram inseridas explanação de motivos para a aprovação da Lei n. 8.954/94 (marco regulatório aqui examinado). Naquela assentada, foi certificado que as fundações de apoio poderiam desempenhar atividades lícitas de duas formas:

- 1) Auxiliar as IFES "na captação e geração de recursos extraorçamentários, oriundos das diversas agências de financiamento nacionais e internacionais, para o desenvolvimento de projetos de pesquisa, ensino e extensão", bem como
- 2) Contribuir no desenvolvimento desses projetos, já que, além de recursos, tornava-se necessário "um aparelhamento gerencial adequado"

Em tal ordem de ideais, pode-se vislumbrar que dois são os alicerces que orientaram ao Poder Executivo a promover esta legislação. De um lado, a busca de maiores recursos (que, como visto no tópico antecedente, estavam arrojados durante a década de 90, estopim para a proliferação de entidades fundacionais) e, de outro, buscando confrontar a complexidade crescente da infraestrutura da pesquisa, possibilitar um gerenciamento otimizado de tais recursos, mediante uma gestão mais ágil e flexível.

Volvendo ao exame do anteprojeto da lei em referência, de se registrar que ainda cumpriria às fundações de apoio funções específicas, especializando-se no conhecimento de políticas de atuação e procedimentos de agências de financiamento e fomento, nacionais e internacionais, no assessoramento à elaboração de projetos compatíveis com essas fontes e gerenciamento de recursos obtidos, com a administração individualizada de cada projeto.

Portanto, na visão do Executivo, as fundações de apoio passariam a representar um meio eficaz e as condições de trabalho, imprescindíveis às IFES, que poderão, dedicadas às atividades-fim, participar e contribuir efetiva e sistematicamente para o desenvolvimento do país. A par disso, o Tribunal de Contas (decisão 655/2002) assentou:

Portanto, 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, teriam uma postura menos ativa, apenas realizando a mediação entre universidades e empresas, dando consequência a entendimentos já de interesse dessas partes. No segundo, promoveriam diretamente as pesquisas 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 o seu atendimento. Em ambos os exemplos, as fundações de apoio cumpririam o papel de estimular e acompanhar os projetos consorciados, com a vantagem de poderem se especializar na resolução de questões burocráticas, como a preparação de contratos, o acompanhamento de desembolsos, deixando os escassos recursos humanos das universidades livres para se dedicarem às atividades substantivas da pesquisa

Idêntica linha de compreensão foi apontada pelo Professor Antônio Manoel Dias Henrique, Presidente do Conselho Nacional das Fundações de Apoio às Instituições de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e Tecnológica (CONFIES), em palestra proferida no "1º Fórum sobre as Instituições Federais de Ensino Superior, promovida pelo Tribunal de Contas da União", em 2008:

A atuação das fundações de apoio em parceria com as universidades criou um possível modelo de gestão financeira e administrativa, de recursos públicos /e ou que tornam públicos, para instituições públicas autônomas. Isto é tecnologia social de grande importância. Cada vez mais as fundações de apoio abdicam da soberania possível de que é capaz de gozar uma instituição de natureza privada, em prol dos valores que, de fato, devem orientar sua atuação como instrumento de apoio às instituições públicas de ensino e de pesquisa científica e tecnológica, consolidando o espaço da autonomia financeira e gerencial. O foco tem sido gerenciar recursos públicos, destinados Às Universidades e às Instituições de Pesquisa Públicas, de maneira racional e eficaz, para obtenção dos resultados postos por essas, bem como auxiliá-las na captação, geração e gerenciamento de recursos extra-orçamentários⁷⁴.

Nesses parâmetros, orientando-se pela análise histórica desenvolvida acima, é de se ver que as fundações de apoio possuem duas tarefas no contexto universitário, os quais devem, aqui, ser frisados.

a) **Atuação como captação de recursos extraorçamentários.** Sabe-se que, à maneira do que sucede em avenças com proximidade temática, tais como a concessão e as parcerias público-privadas, é possível que se opere a remuneração dos delegatários dos serviços públicos pelo atendimento ao público (medida hoje conhecida como preço público).

Ilustrando essa possibilidade, a própria Constituição Federal (art. 175, parágrafo único, III, *a lei disporá sobre a política tarifária*) encerra cláusula permissiva de remuneração das concessionárias e permissionárias de serviços públicos a remuneração por intermédio de preço público.

Na mesma direção, a própria Lei n. 8.987/1995, em seu art. 9º⁷⁵, estabelece

⁷⁴ Brasil. Tribunal de Contas da União. **I Fórum sobre as Instituições Federais de Ensino Superior.** 2008, Brasília. Disponível <<http://www.ufal.edu.br/gestaoedoconhecimento/arquivos/compras/anexos/forum-sobre-as-ifes-fundacoes-de-apoio>>. Acesso em 18 nov. 2015.

⁷⁵ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário; § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro; § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. § 4º—Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

expressamente regras atinentes à política tarifária (à luz do consagrado princípio da modicidade das tarifas), que, a par de sua leitura, admite expressamente que os serviços públicos sejam mercantilizados e, logo, objeto de remuneração por tarifa.

Não há qualquer controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de remuneração das delegatárias de serviços públicos, no exercício das atividades que lhe foram outorgadas pelo Estado. A título ilustrativo, segue a orientação de Alexandre Santos de Aragão, em sua clássica obra *Direito dos Serviços Públicos*:

Toda a disciplina do art. 175 da CF e dos arts. 9º e 13º, da Lei n. 8.987/95 sobre a remuneração da concessionária se refere ao pagamento pelo usuário de tarifas, conceito fungível com o de preço público e distinto do de taxa: enquanto aquela é de natureza contratual e conseqüentemente voluntária, essa é imposta pela lei e é obrigatória⁷⁶

Urge recordar que esse panorama não se altera nas hipóteses de parcerias público-privadas, sobretudo na concessão patrocinada (na qual a delegatária é remunerada parcialmente com recursos públicos e também mediante tarifa) e concessão administrativa (no qual a remuneração recai, exclusivamente, sobre os cofres públicos), conforme se depreende da leitura do disposto no art. 1º e 2º, ambos da Lei 11.079/2004:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Nessa perspectiva, se, de um lado, é possível a remuneração de pessoas jurídicas com finalidades voltadas para o lucro, mediante a prestação de serviços públicos descentralizados, com mais razão deve o ser em caso do exercício de atividades idênticas por entidades

⁷⁶ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 609

despidas de finalidades lucrativas, tais como as fundações de apoio, na medida em que tais entes possuem condições de prestar os acordos em preço bastante inferior às sociedades empresárias em geral, por razões notórias.

A propósito, é oportuna a transcrição de trecho do voto proferido pelo Ministro Marcos Vilaça, quando da deliberação do TC n. 010.037/2002-0, referente à auditoria realizada na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) (Acórdão n. 1590/2004, Plenário, Ata n. 38):

Ao contrário da maioria dos casos já analisados por esta Corte de Contas, o trabalho prestado pela fundação de apoio para a Universidade, baseia-se em contrato, e não em convênio. É de se supor, então, que não há interesses convergentes na atividade, sendo lícito que se remunere o serviço. Assim, em princípio, o pagamento de taxa de administração, para fins remuneratórios não encontraria óbice na IN/STN n. 01/1997, que não se aplica à relação contratual, mas só ao convênio. Aliás, a execução direta do objeto conveniado nem sempre é realizada pela entidade conveniente. É muito comum a celebração de contratos para a execução dos serviços os quais, obviamente, preveem remuneração

Em tal linha de reflexão, volvendo ao resgate histórico declinado no item precedente, impende concluir que as fundações de apoio atuam como uma importante forma de captação de recursos extraorçamentários, mediante a delegação de parcela de serviços pelas IFES em seu proveito.

b) **Otimização no gerenciamento dos recursos públicos.** É muito invocada a viabilidade das fundações de apoio conduzir o gerenciamento de recursos de forma mais ágil, célere e eficiente do que se fosse realizada diretamente pela instituição apoiada.

Realmente, a sua constituição sob o regime jurídico de Direito Privado, na forma da lei civil em geral, desonera, em certo ponto de vista, a fundação de apoio de todas as amarras que brotam da condição de pertencer à Administração Pública.

Pois bem, conforme certificado pela Corte de Contas (acórdão 2.771/2008), o papel das fundações de apoio, no contexto universitário, pode ser satisfatoriamente focado no **gerenciamento de convênios e contratos**⁷⁷. Eis as tarefas possíveis de serem delegadas aos entes fundacionais, segundo o Tribunal:

A administração e gerenciamento podem ser feitos por objeto, subprojeto e rubrica, buscando-se conciliar exigências de financiadores e necessidades de coordenadores projetos. Através de monitoração e acompanhamento administrativo e analítico da

⁷⁷Embora não se ignore papeis diversos das fundações de apoio, tais como elaboração de projetos, organização de cursos e eventos, concurso público e seleção, assessoria à contratação de projetos, etc, o mais interessante, por ora, é o gerenciamento de convênios e contratos, sobretudo pelo contraponto à ser realizado no tópico adiante.

execução das despesas dos projetos, são providenciados os ajustes (reanejamentos, reprogramações, recursos adicionais, etc), quando necessários, observando-se as cláusulas contratuais dos convênios/contratos. A execução de todos os itens de dispêndios e a organização relativa aos convênios e contratos também são realizados diretamente pelas fundações, tais como contratação e administração pessoal, previstas nos convênios; compras de bens e serviços no mercado interno e externo; administração financeira dos recursos conveniados; prestação de contas, assessoria à configuração dos relatórios técnico científicos e elaboração dos relatórios financeiros, cumprindo-se normas e exigências de financiadores; contabilidade, consistindo na escrituração e confecção de relatórios e livros legais dos convênios/contratos, organização e manutenção de arquivos da documentação pertinente; controle patrimonial dos bens adquiridos em convênios/contratos, fazendo-se as doações e transferências pertinentes; assessoria jurídica à execução de convênios e contratos

Bem se vê, nesse ínterim, que um dos principais fundamentos para chancelar a atuação das fundações de apoio no âmbito do gerenciamento de convênios e contratos é, em tese, a sua maior facilidade, dada sua característica de Direito Privado, em manejar os recursos financeiros, nos moldes desenhados acima. Na mesma linha, José Eduardo Sabo Paes traça considerações relevantes, que interessam transpor para cá:

Já vem de muitos anos a instituições de fundações de direito privado sob os auspícios de uma outra instituição na área de ensino, mormente as instituições de ensino superior públicas (as autarquias universitárias) ou as universidades particulares. Mesmo porque o campo do ensino e da pesquisa é um dos mais propícios e férteis à atuação fundacional, em face da característica da autonomia administrativa financeira, intrínseca à pessoa jurídica que se amolda às necessidades e carências das instituições de ensino superior⁷⁸

Logo, seguindo essa linha de pensamento, as fundações de apoio representariam um avanço institucional para as IFES. Suas características predominantemente de Direito Privado extrairiam da Administração pesados encargos relacionados à gestão dos recursos e sua manipulação durante a execução de projetos de pesquisa, ensino e extensão.

Isso se daria, em certa medida, pela facilidade da aquisição de materiais e serviços pelas fundações de apoio para a execução dos acordos, na medida em que não lhe seria possível, para tal perspectiva, impor-lhe o dever de obedecer às normas insculpidas na Lei n. 8666/93, na medida em que não integrariam os quadros da Administração.

Na mesma ordem de ideias, estaria facilitada a contratação de pessoal, algo sobremaneira dificultoso para as IFES, por estarem jungidas pelas regras constitucionais atinentes ao concurso público e, ainda que se trate de contratação excepcional e de caráter temporário, a possibilidade do manejo desse instrumento jurídico está adstrito à observância

⁷⁸ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis trabalhistas e tributários**. 6. ed. rev., atual. e ampl. De acordo com o novo Código Civil Brasileiro – Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 227

das bases de moralidade, impessoalidade e isonomia, bases de toda a atividade desenvolvida pela Administração, conforme ressaí da leitura do art. 37, *caput*, do próprio Texto Constitucional.

Surgiriam, então, as fundações de apoio como um mecanismo de desburocratizar, desinchar e desonerar a máquina estatal. Além da simplificação procedimentos administrativos necessários ao gerenciamento dos objetos de convênios e contratos, isso colaboraria na redução de gastos com procedimentos desnecessários, facilitando, ainda, o desempenho das atividades finalísticas das IFES, que se concentrariam apenas no seu mister outorgado pela Constituição, vale dizer, a busca pela difusão da pesquisa, ensino e extensão. Veja-se, a esse respeito, as luzes lançadas Professor Antônio Manoel Dias Henrique:

Entendemos que, hoje, depois de uma longa história, a relação governo, universidade e fundação de apoio atinge o seu almejado estágio de maturidade, legitimidade e legalidade. Assim sendo, em que se fundamentam as alegações que visam ao enfraquecimento ou mesmo à extinção das fundações de apoio? É certo que somente aos defensores de uma universidade engessada, fechada ao diálogo com os setores da sociedade, públicos e privados. É essa sociedade que, legitimamente, demanda da universidade pública respostas urgentes e qualificadas, advindas da produção e da difusão do conhecimento academicamente sustentável, que estaria sendo assim severamente prejudicada, ao serem atrofiados os organismos estrategicamente integrados à política e à gestão de IES públicas. Restringir ou impedir a atuação das fundações, antes de afetar um *modus operandi* das nossas instituições, representa um golpe frontal contra o ensino e a pesquisa independente, de qualidade e comprometida com o desenvolvimento cultural, social, científico, tecnológico e econômico das regiões e do País em seu todo. Se o próprio governo federal renuncia ao modelo estatal “inchado”, pesado, oneroso ao orçamento da União, como então se poderia apregoar uma universidade pretensamente autônoma, cartorial e burocratizada? Com os olhos postos nas histórias de nossas instituições públicas de ensino superior, queremos crer e apostar em uma outra realidade⁷⁹

Esses são, em linhas gerais, parcela dos fundamentos invocados para justificar a atuação das fundações de apoio no cenário jurídico nacional.

Alterando o enfoque da pesquisa, tencionar-se-á, nas linhas a seguir, difundir algumas considerações a respeito da utilização das fundações de apoio como forma de atropelar as rígidas regras que limitam a atividade da Administração Pública, contrapondo com os dados inventariados acima.

2.2 A válvula de escape ao regime jurídico publicístico

⁷⁹ Brasil. Tribunal de Contas da União. I Fórum sobre as Instituições Federais de Ensino Superior. Brasília, 2008. Disponível em <<http://www.ufal.edu.br/gestaoedoconhecimento/arquivos/compras/anexos/forum-sobre-as-ifes-fundacoes-de-apoio>> Acesso em: 18 nov. 2015

É muito propalado na mitologia grega o conto sobre o denominado Rei Midas. Desprezando o contexto moral dentro do qual a história é inserida, é sabido que o personagem principal possuía o dom de, ao tocar qualquer objeto, transmuda-lo imediatamente em outro puro. Maria Sylvia Zanella di Pietro, em palestra proferida em 2006, fazendo um paralelo com a história acima descrita, ponderou que tudo que aquilo que a administração pública toca vira um pouco direito público. É impossível alguém se relacionar com a administração e se evadir completamente das normas publicísticas, a não ser que se opere de forma ilícita.⁸⁰

Realmente, é certo que, no ordenamento jurídico nacional, a necessidade de observância dos princípios reitores da Administração Pública são obstáculos intransponíveis para haver um certo temperamento nas regras de Direito Privado, sobretudo quando se está a lidar com o gerenciamento de recursos coletivos, fenômeno que a mesma autora qualifica como *derrogação*.

Nessa diretriz, após desenhar rapidamente como se opera a aproximação entre Universidade e fundação de apoio, é necessário avaliar quais os reflexos que as regras de Direito Público, regentes das autarquias educacionais, implicam limitações na forma de atuação do ente privado. Não se ignora, naturalmente, que existem diversas situações que demandam uma reflexão aprofundada a respeito da derrogação operada pelo regime jurídico publicístico.

No entanto, dadas as limitações da presente pesquisa, limita-se a buscar as principais controvérsias relativas (1) (des)necessidade de observância dos regramentos licitatórios, enquanto gestoras de recursos públicos, na aquisição de bens e serviços; (2) (im)possibilidade da delegação de atividades de gestão orçamentária, bem como a viabilidade, sob uma perspectiva constitucional e legal, de se manter um orçamento, dotado de recursos públicos, em cofres distintos daquele dominado pelo Tesouro Nacional.

Inicia-se, assim, no exame da aplicabilidade das normas licitatórias às fundações de apoio.

2.2.1 Das normas licitatórias

Na linha do que se pontuou no item 1.2, as fundações de apoio gozam de privilégios na contratação com as Instituições Federais de Ensino Superior, sendo-lhes concedida a

⁸⁰ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Revista Adusp**. Dezembro de 2001. Disponível em < http://www.adusp.org.br/files/revistas/24/p41_46.PDF>. Acesso em: 14 nov. 2015.

prerrogativa de, atendendo certos ditames legais, pactuar acordos diretamente, independentemente de prévio certame concorrencial. Porém, o problema que se põe é, uma vez repassados recursos financeiros para o ente de apoio, é dado a elas gerirem da forma como reputarem adequado, ou, por outro lado, a natureza pública dos aportes repassados impõe a observância de um regramento básico.

A questão é deveras tormentosa. De um lado, há quem advogue a desnecessidade de observância dos mínimos procedimentos licitatórios para regradar os gastos das fundações de apoio, porque, a rigor, são entidades criadas sob o regime jurídico de Direito Privado, conforme se teve a oportunidade de explanar no capítulo inicial. De outro, há forte corrente jurídica postulando a obrigatoriedade de observâncias das diretrizes gerais de licitações e contratos, porque seria absurdo, na visão dessa linha doutrinária, que a forma de constituição de regime jurídico sob o pálio da lei civil pudesse transpor a obrigatoriedade de tutelar os princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade, valores esse que, em essência, o dever de licitar busca proteger.

Para responder o questionamento ora veiculado, é necessário aprofundar algumas considerações a respeito do alcance da Lei 8.666 de 1993.

Na dicção do diploma legal em referência, ao estabelecer normas gerais de licitações e contratos administrativos *pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e compras*, estabeleceu o dever de sua observância *no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* (art. 1º, *caput*).

Na mesma linha, vaticina que estão subordinadas ao mesmo regime, *os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e todas as demais entidades controladas, diretas ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios* (art. 1º, parágrafo único).

Nota-se, inicialmente, que a Lei 8.666 propaga o dever de sua observância para a Administração Direta (englobando a União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e Indireta (fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). Acaso o dispositivo se restringisse a este espectro, poderia supor-se que as fundações de apoio, por não integrarem a estrutura Estatal, atuando no terceiro setor, conforme já dito, seguramente, não haveria necessidade de observância aos ditames licitatórios a tais entidades.

Todavia, o parágrafo único, do art. 1º, da Lei 8.666, foi expresso ao averbar que suas regras são aplicáveis a todas entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União,

Estados, Distrito Federal ou Municípios. Importa indagar, portanto, qual seria o referencial de controle nesse último caso.

Vislumbra-se, da leitura do dispositivo, que a obrigatoriedade de licitação não é estritamente vinculada à estrutura jurídica formal da entidade, mas à existência de controle estatal. Esse é o ponto. E muito controvertido.

Em certa linha doutrinária, o vocábulo *controle* deve ser interpretado em acepção ampla, bastando, para a incidência da norma, que alguma entidade pública (assim entendida qualquer pessoa integrante da Administração Pública) dirigir as atividades da entidade, ainda que de modo indireto, de forma a orientar o seu funcionamento.⁸¹

Em raciocínio inverso, pode-se concluir que, para essa corrente de inteligência, a ausência do controle público importa a ausência de submissão ao regime jurídico da lei de licitações e contratos administrativos.

Logo, nesse contexto interpretativo do art. 1º, da Lei 8.666, a sua incidência deveria estar imbricada à existência de gerência da Administração sob a entidade, não bastando a natureza pública dos recursos administrados pelas entidades.

Soa, a rigor, equivocada essa visão. Com efeito, a Constituição Federal de 1988, no parágrafo único, do seu art. 70, com redação dada pela emenda constitucional n. 19, de 1998, assentou que qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre, dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, deverá prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Essa norma vem respaldada pela própria na Lei 8.958 de 1994⁸² (grifada):

Art. 3º-A. Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes na forma desta Lei, as fundações de apoio deverão:

I - prestar contas dos recursos aplicados aos entes financiadores;

II - submeter-se ao controle de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante; e

III - submeter-se ao controle finalístico pelo órgão de controle governamental competente.

Em tal perspectiva, estando jungida ao dever de se submeter ao controle orçamentário pelo Tribunal de Contas e pela própria contratante, soa-nos evidente que a fundação de apoio não poderia se afastar das diretrizes licitatórias, sob pena de representar verdadeira burla ao

⁸¹JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 390

⁸² Embora a dicção tenha sido reformulada pela Lei n. 12.863, de 2013, o conteúdo remanesceu idêntico à redação original.

sistema de contratação das Universidades. Isso porque, prevalecendo raciocínio contrário, bastaria que as Universidades, tencionando se evadir do dever de licitar, contratassem (diretamente, frise-se) a fundação de apoio, que, a seu turno, estaria liberada para contratar quem desejasse.

Valendo-se de idêntico raciocínio, autores de renome têm reclamado a abrangência da Lei 8.666, também para as fundações de apoio, sob pena de cancelar uma verdadeira válvula de escape das Instituições Federais de Ensino Superior de observar os ditames licitatórios, e, por linha de desdobramento, fragilizar os princípios balizadores da atividade estatal, conquistados a duras penas:

Assim é que as fundações de apoio, quando estiverem gerenciando valores públicos em razão do desenvolvimento de projetos de parcerias em conjunto com entidades de ensino superior, ou prestando-lhes serviços diretamente, estão sempre sujeitas à prestação de contas à universidade, bem como ao controle externo, por parte da Corte de Contas (CF, parágrafo único, art. 70). Em qualquer dos casos, a transparência na gestão de tais recursos justifica eventual imposição, às fundações, de obrigações procedimentais, tendo em vista a necessidade de controle no dispêndio dos recursos de origem pública.

Nesse contexto, o dever de observância da Lei n. 8.666, dado serem entidades não estatais, somente pode ser-lhes imposto por determinação legal. É o caso, por exemplo, das fundações de apoio que se relacionam com as instituições de ensino de ensino federal [...] Quando gerirem recursos públicos, podem sujeitar-se a obrigações procedimentais, tendo em vista a necessidade de controle e fiscalização da destinação dos recursos públicos repassados⁸³

Nessa ordem de ideais, em uma leitura sistemática do parágrafo único, da Lei 8.666, combinada com o teor do parágrafo único, do art. 70, da Constituição Federal, não se enxerga outra conclusão diversa daquela que impõe, não apenas às fundações de apoio, mas à totalidade das entidades do terceiro setor, quando gerirem recursos públicos, atuando como *longa manus* do Estado, de se submeter à obrigatoriedade de licitar, na aquisição de materiais e contratação de serviços, conforme já externado pelo Tribunal de Contas da União em diversas assentadas⁸⁴.

Nada obstante, verifica-se que a matéria em pauta foi alvo de recentes modificações legislativas, com vistas a evadir as fundações de apoio do dever de licitar, conforme se passa a registrar.

⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. Scarpinella. Vera. Fundações Educacionais e Licitação. in PANTALEÃO, Leonardo. **Fundações Educacionais**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 257 a 259.

⁸⁴ A entidade está sujeita à referida Lei de Licitações sempre que se relacionar com as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica para a execução de convênios e até mesmo de contratos que envolvam a aplicação direta ou indireta dos recursos públicos dessas instituições. De outra forma estar-se-ia permitindo a referida intermediação e, conseqüentemente, a burla ao procedimento licitatório (Acórdão 371/2005 - Plenário).

Em sua redação originária, a Lei 8.958 de 1994, em seu art. 3º, I, assentava que, *na execução de convênios, contratos, acordos ou ajustem que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei* (mediante dispensa de licitação) estavam obrigadas a *observar a legislação federal que instituiu normas para licitações e contratos para a administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços*. Logo, a redação original do dispositivo estava perfeitamente alinhada à Lei 8.666 e à CF.

No mesmo passo, a Instrução Normativa do Tesouro Nacional n. 1, de 1997, previa (art. 27, parágrafo único) que as entidades privadas, na execução das despesas com os recursos recebidos em transferência, deveriam adotar procedimentos análogos aos estabelecidos na Lei 8.666.

Sucedem que o Tribunal de Contas da União deliberou (Plenário, 06.08.2003, Acórdão 1.070 de 2003, item 9.2) no sentido de fixar prazo de 30 (trinta) dias para que a Secretaria do Tesouro Nacional (doravante apenas ‘STN’) adaptasse a redação de seu ato normativo ao dever de observar os próprios procedimentos licitatórios, em atenção à dicção do art. 37, XXI, da Carta da República.

Em linha de desdobramento, sobreveio a Instrução Normativa n. 03 de 2003, revogando a redação originária do art. 27, parágrafo único, passando a determinar que:

Art. 27. O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação à licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica

Vislumbra-se, portanto, que os comandos dirigidos pelo Tribunal de Contas, vocacionados a certificar o dever das entidades do terceiro setor, em especial as fundações de apoio, a licitaram, quando gerissem recursos públicos, representavam um grande avanço, em reverência aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia no âmbito da gestão pública.

Em que pesem essas ponderações, o dever das fundações de apoio de observarem as regras licitatórias está sendo, gradativamente, suprimido.

Veja bem, a Lei 12.863, de 2013, revogou o disposto no art. 3º, I, da Lei 8.958 de 1994, o qual prescrevia que as fundações de apoio deveriam, enquanto gestoras de recursos públicos, observar as normas pertinentes à Lei 8.666. Na nova dicção legislativa, as entidades

em questão deverão passar a observar, na aquisição de materiais e contratação de serviços, **regulamento específico, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo Federal.**

Sob tal perspectiva, pode-se observar que, a despeito dos inúmeros escândalos de malversação de verbas públicas envolvendo entidades integrantes do terceiro setor,⁸⁵ o legislador acolheu as críticas formuladas por parcela da doutrina administrativa, a qual rechaça a aplicabilidade das diretrizes licitatórias para qualquer pessoa jurídica que venha a gerir recursos coletivos.

No mínimo, 02 (dois) fundamentos⁸⁶ são invocados pela literatura jurídica para respaldar a inovação legislativa:

(a) O dever de observar a Lei 8.666 implica em duas consequências. De um lado, a sujeição às limitações impostas pela ordem jurídica, não estando autorizada a contratar sem a observância de todos os requisitos legais para esse mister. De outro, os benefícios provenientes das prerrogativas de Estado, como, apenas para ilustrar, o direito de exigir garantias, modificar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução, aplicar sanções. Na medida em que esses privilégios são consubstanciados nas denominadas *cláusulas exorbitantes*⁸⁷, jamais poderiam ser extensíveis, por mero ato infraconstitucional, às entidades privadas não integrantes da Administração Pública;

(b) Outro argumento, agora de ordem prática, seria de que a exigência de observância dos dispositivos da Lei 8.666, inviabilizaria a formalização de pactos com a Administração,

⁸⁵ Apenas no âmbito da subseção judiciária de Santa Maria, segundo dados lançados no sítio virtual da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, tramitam na Judiciário Federal pelo menos 04 (quatro) ações civis públicas de improbidade administrativa, nas quais o Ministério Público Federal imputa a diversos gestores da Fundação de Apoio à Tecnologia e Ciência (FATEC), entidade ligada à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), e aos dirigentes da própria IFES, a prática de diversas irregularidades envolvendo contratações ilegais, no curso da execução de convênios e contratos. Todas as 04 (quatro) demandas a este respeito (tombadas eletronicamente sob os números 50028151820104047102, 50060707620134047102, 50063199520114047102 e 50024988320114047102) foram julgadas, em primeiro grau de jurisdição, parcialmente procedentes, para o efeito de reconhecer o gasto ilegal de quantias milionárias, envolvendo recursos repassados pela própria UFSM, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP). Embora não se possa exarar nenhum juízo definitivo a respeito dos casos, em virtude da pendência de recursos de apelação a serem examinados pelo Tribunal Regional Federal da 4 Região, isto serve para ilustrar que a forma de gerenciamento dos recursos públicos pelas entidades do terceiro setor está sob severa discussão, na via judicial.

⁸⁶ FORTINI, Cristiana. CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. PEREIRA, Maria Fernandes Pires de Carvalho. **Licitações e contratos: aspectos relevantes.** 2 ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 201 a 208

⁸⁷ *Cláusulas exorbitantes* são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto a presença dessas *cláusulas exorbitantes* no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque du Droit Public* pois, como observa Laubadère: “C’est en effet la présence de Telles clauses dans un contrat que est le critère par excellence son caractère administratif (MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34 ed., São Paulo, 2008; Editora Malheiros)

na medida em encareceriam sobremaneira a operacionalização do pactuado. Isso porque a medida eleva os custos operacionais do projeto, que passaria a necessitar de pessoal qualificado em contratações públicas, assessoria jurídica específica, recursos para publicidades em diário oficial e jornal de grande circulação, manutenção de cadastro para fornecedores, entre outros. Também é a visão de Raquel Melo Urbano de Carvalho, em relação às denominadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (reguladas pela Lei 9.790 de 1999), que pode ser aproveitado para o raciocínio desenvolvido sobre as fundações de apoio:

Não se entende que seria razoável em qualquer dos casos exigir da OSCIP o cumprimento das Leis Federais n. 8.666 e n. 10.520, pois os rigorosos procedimentos estipulados nos aludidos diplomas são incompatíveis com a atuação concebida para o Terceiro Setor. Não seria pertinente que um convênio ou termo de parceria ensejasse a uma entidade privada prerrogativa como declaração de inidoneidade de licitante ou alteração unilateral do contrato firmado. Nem mesmo antedê a celeridade a informalidade do Terceiro Setor a realização de todas as etapas do procedimento licitatório formal consagrados mencionados diplomas. Os ônus daí decorrentes, inclusive de natureza financeira, poderiam culminar na inviabilização da parceria em questão [...] Com efeito, particular cuja ação é apenas incentivada por atividade de fomento não pode ser obrigada a licitar como se parte da Administração Pública fosse⁸⁸.

Tais considerações são afastadas por Fernando Moutinho Bittencourt⁸⁹.

Na visão do referido doutrinador, as fundações têm perfeitas condições de realizar as licitações, como tantas outras entidades de direito privado que estão sujeitas a essa obrigatoriedade (ilustrando, as empresas públicas e sociedades de economia mista, em suas atividades meio, são obrigadas a observar o devido certame concorrencial na aquisição de materiais e contratação de serviços).

Na mesma direção, o autor questiona a própria capacidade administrativa da entidade, caso não pudesse conduzir um certame licitatório, sem prejuízo na eficiência da execução do contrato, se estaria devidamente apta a exercer mister tão relevante no contexto universitário atual.

Questão similar foi, recentemente, submetida à apreciação do plenário do Supremo Tribunal Federal. Nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n. 1.923 (doravante apenas ‘ADI 1.923’), o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ingressaram na mais alta corte do País buscando a declaração de inconstitucionalidade

⁸⁸ CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 923 a 926

⁸⁹ BITTENCOURT, Fernando Moutinho. **Contratações públicas e fundações de apoio**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n.º 171, jul./set. 2006.

da íntegra da Lei n. 9.637/98, que “*dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências*”, além da declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, conferida pela Lei nº 9.648/98, prevendo a dispensa de licitação “*para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão*”.

Embora o mérito daquela demanda envolva as denominadas Organizações Sociais (OS), o núcleo do debate é correlato ao dever de as fundações de apoio licitarem, quando gestoras de recursos públicas. Isso porque ambos os entes estão inseridos dentro do contexto do terceiro setor.

Pois bem, um dos argumentos para a decretação de inconstitucionalidade, segundo relatório lançado em voto vista proferido pelo Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, foi resumido nos seguintes aspectos:

[...] (iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175): por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, prevêm que tais entidades editarão regulamentos próprios para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a permissão de uso de bem público poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (Art. 24, XXIV) para que o Poder Público contrate a OS para a prestação de serviços relacionados às “atividades contempladas no contrato de gestão”, o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art. 175, caput);⁹⁰

⁹⁰ **Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio

Analisando a tese, o Ministro entendeu não assistir razão aos autores. Na perspectiva de Sua Excelência, as entidades do terceiro setor não estão sob o controle, direto ou indireto, do Estado, ainda quando manipularem repasses públicos. O fato de absorverem recursos, bens e servidores públicos atrai a necessidade de observância do que, em suas palavras, seria o *núcleo essencial dos princípios da Administração Pública* (CF, art. 37, *caput*), sobretudo a impessoalidade. A par disso, ponderou que:

Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no *caput*. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. (...) Ou seja, embora não façam formalmente licitação, tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. Desta forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado, que não se harmonizaria com a submissão pura e simples ao procedimento da Lei n 8.666/93, reconhecidamente formal, custoso e pouco célere.⁹¹

Nessa linha de intelecção, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao menos neste momento de sua jurisprudência, repudia a aplicação das formalidades licitatórias ao terceiro setor. Na visão da Suprema Corte, o fato de gerirem recursos públicos não autoriza, por si só, a incidência da Lei 8.666 de 1993, mas, apenas, o dever de se pautarem pela observância dos princípios da Administração Pública desenhados no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal, sobretudo a impessoalidade, moralidade, isonomia e eficiência.

Volvendo às inovações introduzidas pela Lei 12.863, a qual afastou o dever de as fundações de apoio observarem as regras licitatórias, enquanto contratadas pelas IFES, vislumbra-se que a forma de aquisição de materiais e serviços por essas entidades devem, portanto, obedecerem ao regramento próprio, a ser editado por ato do Poder Executivo Federal (art. 3º).

Essa regulamentação veio a ser introduzida no ordenamento jurídico, recentemente, pelo Decreto n. 8.241, de 21 de maio de 2014, o qual instituiu procedimento bastante similar à licitação, buscando tutelar os valores protegidos pelo instituto jurídico examinado.

e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>>. Acesso em: 14.11.2015.

⁹¹*Ibidem*, p. 187

Ilustrando, no âmbito de suas regras gerais, disciplina o ato normativo em referência que os procedimentos de seleção, para aquisição de bens e serviços pelas fundações de apoio, quando executarem projetos de apoio às Instituições Federais de Ensino Superior, deverá ser pautado pela observância dos princípios gerais da administração pública (art. 1º, §2º⁹²).

Na mesma linha, o regramento infralegal estabelece procedimentos de observância obrigatória para **(1)** pesquisa de mercado (art. 4º⁹³); **(2)** elaboração do instrumento convocatório (art. 5º⁹⁴); **(3)** seleção pública de fornecedores (art. 7º⁹⁵). Outrossim, também inventaria a possibilidade de instituir determinadas exigências para habilitação dos interessados em formalizar contratos (art. 18⁹⁶), além de hipóteses de contratações diretas (art. 26⁹⁷), dispensado o procedimento seletivo simplificado do qual cuida o Decreto 8.241.

Depreende-se, do quadro de raciocínio desenvolvido acima, que as fundações de apoio, na visão da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e, em conformidade com as inovações introduzidas pela Lei n. 12.863, de 2013, não estão sujeitas aos procedimentos rigorosos da licitação, desenhados na Lei 8.666 de 1993, embora tenha se contestado esse ponto alhures.

Naturalmente, isso não elide, contudo, o dever dessas entidades, enquanto gestoras de recursos públicos, de observarem procedimentos mínimos insculpidos no Decreto 8.241, de 2014, tendo como finalidade a preservação da moralidade e a proteção do patrimônio público. Embora as novas formalidades sejam mais singelas do que o certame licitatório propriamente dito, devem ser energicamente fiscalizadas pelos órgãos de controle, sob pena de fomentar o manejo dessas relações como forma de, por vias transversas, furtar a Administração Pública de observar os comandos constitucionais.

Examinada primeira perspectiva, passa-se a averiguar como se dá a manipulação de receitas pelas fundações de apoio, bem como sua compatibilidade com as regras

⁹²§ 2º Os procedimentos regidos por este Decreto atenderão aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da publicidade, da transparência, da eficiência, da competitividade, da busca permanente de qualidade e durabilidade, e da vinculação ao instrumento convocatório.

⁹³Art. 4º As contratações devem ser precedidas de pesquisa de mercado que estabelecerá valores de referência aferidos da seguinte forma [...]

⁹⁴Art. 5º O instrumento convocatório da seleção pública de fornecedores conterá, no mínimo, a definição do objeto da seleção, as exigências de habilitação, os critérios de julgamento das propostas, as obrigações das partes, o prazo de execução ou de fornecimento do objeto e as consequências do inadimplemento contratual.

⁹⁵Art. 8º O procedimento de seleção pública de fornecedores será iniciado com a abertura de processo no âmbito da contratante, que contenha [...]

⁹⁶Art. 18. Para habilitação na seleção pública, será exigida do interessado mais bem classificado, exclusivamente, documentação referente à habilitação jurídica, à regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, conforme previsto em instrumento convocatório.

⁹⁷Art. 26. A contratação direta será admitida nas seguintes hipóteses:

orçamentárias delineadas na Constituição Federal e na legislação extravagante, à luz do entendimento dominante do Tribunal de Contas da União sobre a matéria.

2.1.2 Manipulação de receitas à margem do orçamento

Na linha do que se pontuou no resgate histórico, bem como na análise dos fundamentos invocados para os defensores das denominadas fundações de apoio, pode-se observar que uma justificativa regularmente utilizada é a sua possibilidade de manejar recursos financeiros extraorçamentários, mediante a prestação de serviços remunerados à sociedade, além da delegação parcial da competência de gerenciar quantias significativas de valores (ao alvedrio de qualquer projeto), a pretexto de uma otimização da prestação de serviços.

No entanto, avulta de um exame dessas situações que a, a rigor, estaria havendo uma parcela de terceirização da gestão contábil e orçamentária, pela IFES, em favor das fundações de apoio, o que, naturalmente, coloca em delicada posição, não somente a eficiência no controle dos recursos públicos, como também do cumprimento efetivo da legislação pertinente ao orçamento federal.

Nessa direção, entende-se bastante pertinente analisar a problemática à luz da deliberação adotada no acórdão 2.731, de 2008, prolatado pelo Tribunal de Contas da União, no qual aquela Corte historiou diversas irregularidades nos pactos firmados entre as Instituições Federais de Ensino Superior e suas fundações de apoio, concentrando algumas recomendações para imprimir efetividade no rigor do controle dos recursos públicos.

Em linha preliminar, é digno de nota o aviso de que as recomendações proferidas pelo Tribunal de Contas não foram realizadas de forma descontextualizada. Com efeito, a fiscalização desses relacionamentos pelos órgãos de controle remonta ao ano de 1982, conforme assentado pelo Ministro Aroldo Cedraz, relator do acórdão:

A proliferação das fundações de apoio às universidades, sobretudo no contexto de fortes restrições orçamentárias que marcaram a década de 90, foi acompanhada pela emergência de um conjunto significativo de incertezas jurídicas quanto à regularidade e à finalidade dos ajustes realizados com estas entidades privadas.⁹⁸

⁹⁸**Tribunal de Contas da União.** Acórdão de fiscalização e de orientação centralizada. Avaliação do relacionamento das Instituições Federais de Ensino Superior e suas Fundações de Apoio. Relatório de consolidação. Diversas falhas. Determinações e recomendações. Acórdão n. 2.731 de 2008. Plenário Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2008-11-26;2731>">Acórdão TCU 2731/2008. Acesso em 14/11/2015., p. 30.

Durante esse largo período (aproximadamente 25 anos até a publicação do acórdão 2.731), o Tribunal de Contas firmou interpretações significativas a respeito dessas parcerias, sobretudo em questões tangentes às Leis 8.666 e 8.958. Sucede que, diante de diversas irregularidades apanhadas durante a década de 2000, envolvendo as fundações de apoio⁹⁹, aquela Corte teve por bem proceder a um exame amplo dos contratos e convênios celebrados nessas condições.

Nessa linha, foi instaurada, em 16.04.2008, a denominada *Fiscalização de Orientação Centralizada* (FOC), para atender a tal mister. Foram analisadas 16¹⁰⁰ (dezesseis) universidades federais e 20¹⁰¹ (vinte) fundações de apoio, distribuídas em 13 (treze) estados da federação, cujo total de recursos movimentados girou na ordem aproximada de **R\$ 465.000.000,00** (quatrocentos e sessenta e cinco milhões de reais).

Em que pesem as vastas considerações lançadas naquele provimento, limita-se, aqui, a analisar as questões pertinentes à fiscalização orçamentária e contábil das fundações de apoio, buscando contrapor um dos fundamentos invocados para respaldar essa situação de vácuo jurídico.

⁹⁹ Apenas para ilustrar, no âmbito da Universidade de Brasília (UnB), o Ministério Público Federal promoveu acusações graves de improbidade administrativa perante o então Reitor da instituição Timothy Muloholland, de se valer de recursos públicos movimentados pela Fundação de Empreendimentos Científicos e Tecnológicos (FINATEC) para a reforma de seu apartamento pessoal, no total aproximado de R\$ 470.000,00 (quatrocentos e sessenta mil reais), em valores históricos. O episódio orientou uma movimentação de estudantes no âmbito daquela IFES, da qual resultou a renúncia do Reitor ao cargo, conforme colhemos da linha histórica reproduzida pela própria Universidade (<<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=1480>> acesso em 18.10.2015)

¹⁰⁰ Foram alvo de fiscalização pela Corte de Contas: Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), a Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), a Universidade Federal do Amazonas (UFAM), a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), a Universidade Federal Fluminense (UFF), a Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), a Universidade Federal do Paraná (UFPR), a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), a Universidade Federal de Goiás (UFG), a Universidade Federal do Ceará (UFC), Universidade Federal da Bahia (UFBA), a Universidade Federal do Acre (UFAC), a Universidade Federal de Roraima (UFRR) e a Universidade Federal do Piauí (UFPI). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.731 publicado em 27 de novembro de 2008, p. 18

¹⁰¹ Por outro lado, as fundações fiscalizadas foram: Fundação Norte Rio Grandense de Pesquisa e Cultura (FUNPEC/RN), a Fundação Guimarães Duque (FGD/RN), a Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (UNISOL/AM), a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas (FAPEAM/AM), a Fundação de Amparo à Pesquisa e Extensão Universitária (FAPEU/SC), a Fundação de Estudos e Pesquisas SócioEconomicas (FEPESE/SC), a Fundação José Arthur Boiteux (FUNJAB/SC), a Fundação de Ensino e Engenharia de Santa Catarina (FEESC/SC), a Fundação Euclides da Cunha (FEC/RJ), a Fundação de Apoio à Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (FAPUR/RJ), a Fundação para o Desenvolvimento da Ciência, da Tecnologia e da Cultura (FUNPAR/PR), a Fundação de Apoio ao Desenvolvimento (FADE/PE), a Fundação de Desenvolvimento e Pesquisa (FUNDEP/MG), Fundação Educativa de Rádio e Televisão de Ouro Preto (FEOP/MG), Fundação Gorceix, Fundação de Apoio à Pesquisa (FUNAPE/GO), Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura (FCPC/CE), Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão (FAPEX/BA), Fundação de Apoio e Desenvolvimento ao Ensino e Pesquisa e Extensão Universitária no Acre (FUNDAPE/AC), Fundação Ajuri de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Federal de Roraima, Fundação Cultural e de Fomento à Pesquisa, Ensino e Extensão (FADEX/PI). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.731 publicado em 27 de novembro de 2008, p. 18.

Com efeito, o voto do Ministro Aroldo Cedraz, replicando, em parte, a tipologia de *contratos irregulares* proposta pelo doutrinador Fernando Moutinho Bittencourt¹⁰², desenhou as seguintes utilizações das fundações de apoio que, na visão de Sua Excelência, colocariam a eficiência da fiscalização orçamentária em delicada posição, recebendo, portanto, o selo de ilegalidade pela Corte de Contas. Inventariam-se as classificações:

Fundação de apoio como mera compradora (caixa dois de despesas): Ao ser adotado esse modelo, a fundação é contratada como uma mera executora de compra de bens ou serviços variados, em decorrência de demandas aleatórias que surjam no bojo da Instituição de Ensino.

Com efeito, a universidade, ao demandar certo bem ou serviço, simplesmente delega recursos para a fundação antes de sua aquisição¹⁰³ e, ato contínuo, a entidade de apoio atende as solicitações, remetendo à IFES, recebendo a contraprestação pecuniária correspondente, à revelia de qualquer especificação de projeto, o que, além de impedir a eficiência no controle de gastos, representa malferimento aos requisitos da contratação direta, conforme já explanado no primeiro capítulo desta pesquisa.

Ainda nos lindes do acórdão, os fundamentos invocados para respaldar essa situação são variados. Ilustrativamente, cita-se a agilidade da fundação; fornecedores que não atendem aos requisitos de regularidade fiscal para poder contratar com a Administração Pública; receio de bloqueio de recursos da universidade pelos órgãos centrais de orçamento e finanças durante o processo licitatório regular.

A toda evidência, conforme alerta a doutrina e o TCU, nenhum desses fundamentos é revestido de peso jurídico suficiente para validar operações dessa natureza.

Além de serem revestidas de idêntica ilegalidade, por se enquadrarem em, por vias transversas, contornos às diretrizes licitatórias, fragilizam o controle efetivo de gastos do Estado, na medida em que sinalizam a reversão de verbas públicas desvinculadas de uma finalidade específica e predeterminada. Exemplificando esse tipo de contratação, são citados aqueles com proximidade temática ao *apoio logístico ou apoio administrativo*, que, a rigor, poderiam ser formatados para a execução direta por cada unidade da universidade.

Na mesma direção, são encaixados pela literatura os repasses de suplementações orçamentárias captadas pelas IFES ao final do exercício para atender as despesas correntes, sem tempo hábil para proceder à sua regular execução.

¹⁰² BITTENCOURT, Fernando Moutinho. **Contratações públicas e fundações de apoio**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n.º 171, jul./set. 2006

¹⁰³ Segundo a doutrina, chancelada pelo Tribunal de Contas, a irregularidade persiste inclusive se a despesa se der de forma antecipada.

Em linha de consequência, ficam violadas as exigências da dispensa de licitação (Lei 8.666, art. 24, XIII e Lei 8.958, art. 1º), a vedação a terceirização de serviços administrativos permanentes e, naturalmente, autoriza que as fundações de apoio possam manejar recursos públicos ao seu próprio talante, na medida em que os objetos no contrato dificultam (senão *inviabilizam*) a análise de eventual pertinência dos gastos.

Fundação de apoio como simples manipuladora de receitas (caixa dois de receita): Nesse modelo, apontando como um dos mais insidiosos, a fundação é incumbida do dever de arrecadar diretamente as receitas auferidas pela prestação de serviços prestados pela própria universidade ou em virtude de suas receitas patrimoniais. Em desdobramento, os recursos são incorporados às contas bancárias do ente de apoio (e, na prática, ingressando no seu patrimônio, a despeito da improvável hipótese de haver segregação contábil), e movimentados por ela, segundo supostas diretrizes da IFES.

Com efeito, conforme vaticina o art. 6º, da Lei n. 8.958 de 1994, a utilização dos recursos da universidade pelos projetos contratados deve ser remunerada. Ocorre que tal remuneração, segundo a doutrina, é receita pública originária (receita patrimonial ou receita de prestação de serviços, conforme o caso), e, logo, está sujeita ao denominado princípio da tesouraria, devendo ser toda ela recolhida e movimentada na conta do Tesouro Nacional, por intermédio do SIAFI (CF, art. 164, §3º; Lei n. 4.320/64, arts. 56, 57 e 60 a 63; Decreto n. 93.872/96, art. 2º), tornando-se, conforme remansosa jurisprudência do TCU (Acórdão 479/94, 1 Câmara), absolutamente vedada a fragmentação para criação de caixas especiais.

Conforme a decisão, a despeito dos eufemismos assinalados dessa situação (*receitas não contabilizadas, recursos movimentados em desacordo com o princípio de unidade de tesouraria*¹⁰⁴), a verdade é que se cuida de singela formação de caixa dois com recursos públicos, facilitando a perpetração de fraudes e obstaculizando a fiscalização. Por exemplo:

Além da ilegalidade flagrante, é quase desnecessário apontar os riscos de controle que essa prática impõe: os recursos subtraídos à conta única ficam óculos ao escrutínio do controle e do próprio gestor, na medida em que não ingressam no patrimônio público e ficam sob a titularidade formal (e acesso material) de um terceiro de natureza privada (a fundação). Em casos como esse, é perfeitamente possível que o reitor de uma universidade (aquele que responde pelas contas da instituição) e seus órgãos superiores não saibam quanto foi a receita arrecada por alguma unidade ou departamento, ou não tenham como verificá-la de forma independente, bastando que a fundação envolvida não permita acesso direto aos

¹⁰⁴ O orçamento deve ser uno, ou seja, deve existir apenas um orçamento para dado exercício financeiro. Dessa forma integrado, é possível obter eficazmente um retrato geral das finanças públicas e, o mais importante, permite-se ao Poder Legislativo o controle racional e direto das operações financeiras de responsabilidade do Executivo (<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/cidadao/entenda/cursopo/principios.html>> Acesso em: 18.10.2015

extratos bancários dessas contas. Além disso, a movimentação sem todos os controles implica muito maiores vulnerabilidades à fraude, sem contar na virtual impossibilidade de implantar controles internos e conciliações, visto que não transitam tais pela contabilidade da universidade¹⁰⁵

Ilustrando essas ocorrências, a Corte averbou que foram divisadas essas situações em receitas de prestação de serviços de hospitais universitários a beneficiários de convênios médicos, bem como sobre o faturamento proveniente de estacionamento nas propriedades das IFES.

Fundação de apoio como gestora financeira integral (caixa dois global): Segundo a Corte e a doutrina, esse modelo representa um sofisticado exemplo de terceirização de toda a atividade universitária para as fundações de apoio, no qual são combinadas as duas estruturas desenhadas acima, representando a assunção da entidade de apoio em grande parcela dos pagamentos e recebimentos de uma unidade universitária que possua operações significativas de prestação remunerada de serviços a terceiros.

Logo, a integralidade da expressão econômica do órgão da IFES passa a transitar não pelo orçamento público (com todas as limitações que brotam dessa condição), mas por uma pessoa jurídica de direito privado, que sequer integra os quadros da Administração, conforme já alertado.

Foi consignado naquele provimento, ainda, que essa terceirização da gestão financeira pode ser cumulada com a terceirização das próprias atividades estatais, na qual atos administrativos ligados à administração patrimonial, alocação de servidores e aquisições passam a ser executados por empregados da fundação de apoio, os quais passam a assumir, na prática, a aparência de verdadeiros dirigentes da instituição.

Essa inconcebível situação, segundo o TCU, foi verificada em alguns hospitais universitários, nos quais, para além de não haver projeto que fundamente a contratação (à luz do que já se pontuou, alhures) e das irregularidades certificadas nos dois modelos precedentes, fica configurada a delegação de atos de gestão, concretizando usurpação de função pública, com terceiros praticando atos de competência exclusiva da administração pública.

¹⁰⁵ BITTENCOURT, Fernando Moutinho. **Contratações públicas e fundações de apoio**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n.º 171, jul./set. 2006.

CONCLUSÃO

Diversamente do que ajuizado no início da pesquisa, o tema pertinente às fundações de apoio é demasiadamente vasto, de sorte que, em virtude das balizas naturais ao presente trabalho monográfico, não se pôde desenvolver a contento todos os temas e discussões projetados inicialmente.

Em virtude disso, procurou-se abordar analiticamente os pontos mais marcantes relacionados à natureza jurídica das fundações de apoio, seu encaixe nas fórmulas clássicas previstas pela doutrina jurídica, além dos principais contornos de sua possibilidade de contratação mediante dispensa de licitação.

No segundo momento da pesquisa, tencionou-se instalar um contraponto entre, de um lado, os avanços e benefícios derivados da atuação das fundações de apoio e, de outro, sua utilização como um contorno às limitações previstas no ordenamento jurídico para a Administração Direta.

Em linha de conclusão, cabe refletir que os entes de colaboração em referência são, sim, uma ferramenta significativa (embora não imprescindível, conforme muito se propala) para a missão universitária. Porém, essa constatação não pode servir de chancela para a utilização deturpada desses institutos, correndo-se o risco de fragilizar os pilares éticos e jurídicos que se busca, com tanto, custo, instalar na Administração Pública.

Assim, para balancear todos os contrastes alinhados nesta pesquisa, entende-se que, para uma contratação lícita e regular, devem ser observados os seguintes critérios:

Primeiramente, a fundação deve ser contratada para um serviço específico, bem caracterizado em todas as suas fases e detalhes, além de, naturalmente, ser vinculada a um projeto específico, no âmbito da pesquisa, ensino, extensão ou do desenvolvimento institucional.

Na mesma direção, deverá executar diretamente, valendo-se de sua própria estrutura e de pessoa, os serviços objetos do acordo. Em caso de necessidade de aquisição de materiais e serviços para tal mister, embora não seja obrigada a observar, rigorosamente, os ditames licitatórios, deverá orientar sua atuação pelos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade, porque atua como gestora de recursos públicos, cabendo-lhe primar pela economicidade.

Embora se admita sua remuneração na execução de todos os pactos, deverá a fundação de apoio se omitir de realizar espécies de ‘caixa-dois’, que, para além de subverter as regras

orçamentárias, facilitam a perpetração de fraudes e dificultam sobremaneira o controle dos gastos públicos pelos órgãos competentes.

Por fim, a despeito de transcender, em certa medida, os objetivos deste trabalho, é de se concluir que, se, de um lado, as fundações de apoio remanescem sendo uma realidade muito presente no cenário do ensino superior, de outro, não se pode olvidar da vital importância de aprimoramento destes mecanismos. Nesse espectro, é de se acentuar a importância dos órgãos de fiscalização (em especial o Tribunal de Contas e do Ministério Público), no combate à utilização deturpada desses relacionamentos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco de Assis. **Fundações, organizações sociais, agências executivas organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos**. São Paulo: LTr, 2000.

AMARAL, Nelson Cardoso. **Financiamento da educação superior: estado x mercado**. São Paulo: Cortez, Unimep, 2003.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

BARBOSA, Frederico da Silveira. **Relacionamento de Fundações Educacionais com as Universidades Públicas**. in PANTALEÃO, Leonardo (org). **Fundações Educacionais**. Atlas, São Paulo: 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho. **Contratações públicas e fundações de apoio**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n.º 171, jul./set. 2006.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Princípios orçamentários**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/cidadao/entenda/cursopo/principios.html>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. **Lei n. 8.666 de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. **Lei n. 8.958 de 1994**. Dispõe sobre as relações entre instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8958.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. **Lei n. 9.790 de 1999**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. **Instrução Normativa STN n. 1 de 1997.** Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos e a realização de eventos e dá outras providências.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923. Plenário, 16.04.2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>>. Acesso em: 14.11.2015.

_____. **Tribunal de Contas da União.** Processo n TC-017.53796-7. Decisão 881 de 1997 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça, em citação ao estudo feito pela 6 Secex. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 26 dez. 1997. Seção 1, p. 31374.

_____. **Tribunal de Contas da União.** Acórdão de fiscalização e de orientação centralizada. Avaliação do relacionamento das Instituições Federais de Ensino Superior e suas Fundações de Apoio. Relatório de consolidação. Diversas falhas. Determinações e recomendações. Acórdão n. 2.731 de 2008. Plenário Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2008-11-26;2731>> Acórdão TCU 2731/2008. Acesso em 14/11/2015.

_____. **Tribunal de Contas da União.** I Fórum sobre as Instituições Federais de Ensino Superior. Disponível <<http://www.ufal.edu.br/gestaodoconhecimento/arquivos/compras/anexos/forum-sobre-as-ifes-fundacoes-de-apoio>>. Acesso em 18 nov. 2015.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo.** Salvador: Juspodivm, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CITADINI, Antônio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas.** São Paulo: M. Limonad, 1999.

DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das Fundações Privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Fundacional.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo,** 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **As Fundações Privadas e Públicas no Direito Brasileiro Vigente.** Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro. 31(3):51-78. jul. 1988.

FORTINI, Cristiana. CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. PEREIRA, Maria Fernandes Pires de Carvalho. **Licitações e contratos: aspectos relevantes**. 2 ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 390.

LEITE, Celso Barroso. **Filantropia e contribuição social**. Trabalho apresentado ao MPAS/PAL, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40 ed, atualizada por José Emmanuel Burle Filho e Délcio Balestero Aleixo. Malheiros: São Paulo: 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed, atualizada por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle, Luís Fernando Pereira Franchini. Malheiros: São Paulo: 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo I, 4 ed. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2015.

PASQUATI, Norberto. O terceiro setor e os direitos sociais. in PANTELEÃO, Leonardo (org). **Fundações Educacionais**. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não estatal. In: **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. **Comentários à Lei de Licitações e contratos da administração pública: Lei n. 8.666 de 1993**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinvenção solidária e participativa do Estado. in PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. WILLHEIM, Jorge. SOLE, Lourdes (org). **Sociedade e Estado em Transformações**. São Paulo: UNESP, Brasília: ENAP, 1999.

SILVA, Alexandre Pacheco da. **Antes de uma Fundação, um conceito: Um estudo sobre a disciplina jurídica das fundações de apoio na cooperação entre Universidade e Empresa**. São Paulo: FGV, 2011, 322 p. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

SCHWARTZMAN, Jacques. O Financiamento da Instituições de Ensino Superior no Brasil. In: **Seminário sobre os Desafios do Ensino Superior, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001398/139879por.pdf>>. Acesso em 14/11/2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Scarpinella. Vera. Fundações Educacionais e Licitação. in PANTALEÃO, Leonardo. **Fundações Educacionais**. São Paulo: Atlas, 2003.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Ocupação da Reitoria: linha do tempo**.

Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=1480>> . Acesso em 14 nov. 2015.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Revista Adusp**. Dezembro de 2001. Disponível em < http://www.adusp.org.br/files/revistas/24/p41_46.PDF>. Acesso em: 14 nov. 2015.