

A relação entre as Fundações de Apoio e as Instituições Federais de Ensino Superior, em face da Lei nº 8.958/1994. Revista IOB de Direito Administrativo v. 1, nº 12, dezembro de 2006. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 41-83.

Palavras-chave: Fundações de Apoio. IFES. Lei 8.958/1994. Decreto 5.205/2004. Cursos de especialização. Consultorias. Onerosidade dos serviços prestados. Possibilidade.

**A RELAÇÃO ENTRE AS FUNDAÇÕES DE APOIO E AS INSTITUIÇÕES
FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR,
EM FACE DA LEI 8.958/94.**

SACHA CALMON NAVARRO COELHO

Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ
Doutor em Direito Público pela UFMG
Presidente Honorário da ABRADT
Vice-Presidente da ABDF
Membro da IFA
Advogado

EDUARDO JUNQUEIRA COELHO

Advogado e Economista
Ex Auditor Fiscal da Receita Federal
Ex Fiscal de Tributos da Prefeitura de Belo Horizonte
Mestre em Economia Rural pela Universidade Federal de Viçosa

EMENTA: Fundações de Apoio às IFES. Entidades privadas sem fins lucrativos. Legalidade da cobrança pelos serviços prestados. Atividades de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, prestadas mediante contrato com a entidade apoiada. Da dispensa de licitação para contratação com a Fundação de Apoio: Leis nºs 8.958/94, 8.666/93 e 10.973/04. Segregação das receitas da Fundação de Apoio e da entidade apoiada. Princípio da unicidade de tesouraria aplica-se às receitas repassadas à entidade apoiada. Inexiste obrigatoriedade de recolhimento das receitas da Fundação de Apoio ao caixa único do tesouro. Dever de ressarcir a entidade apoiada pela utilização de seus bens e serviços. Observância às resoluções do Conselho Universitário. A prestação de consultorias e o oferecimento de cursos de pós-graduação *lato sensu* podem ser classificados como atividades de extensão. Possibilidade de remuneração dos professores, inclusive os de regime de dedicação exclusiva, mediante concessão de bolsa de extensão.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda fatos relativos à atuação de uma Fundação de Apoio ligada a uma instituição federal de ensino superior, que foram objeto de representações formuladas pelo Ministério Público do Estado onde se situa a referida entidade.

A Fundação presta atividades de pesquisa e consultoria e oferece cursos de pós-graduação *lato sensu*, a título de especialização, sendo remunerada por isto pelos beneficiários dos serviços.

Sucedede que o exercício de tais atividades passou a ser questionado pelo Ministério Público, ensejando diversas Representações ao TCU, mediante as quais teriam sido denunciadas as seguintes irregularidades:

- atribuição indevida de prerrogativa exclusiva da Universidade Federal à Fundação de Apoio para a realização de cursos de pós-graduação em diversas áreas, numa inversão à ordem natural das coisas, já que o normal seria a Universidade - e não a sua Fundação de Apoio - conduzir tais ações, com apoio da última;
- gestão indevida de recursos públicos, em virtude da ausência de controle financeiro e orçamentário, por intermédio da conta única da Universidade junto ao Tesouro Nacional, em desrespeito ao princípio da unicidade de caixa, previsto na Lei nº 4.320/64, no Decreto-lei nº 200/67, no Decreto nº 93.872/86, entre outras normas, e, ainda, em dissonância com a orientação expressa em Acórdão anterior do TCU.

Como se vê, os cursos de especialização, autorizados mediante convênio ou por meio da celebração de contratos, foram questionados pelo Ministério Público Estadual, que arguiu a indevida inexigibilidade de licitação e a quebra do princípio da unicidade de caixa, uma vez que a Fundação ficaria encarregada de receber em sua conta bancária as receitas provenientes de valores cobrados nas atividades de pós-graduação, as taxas do concurso vestibular e os valores arrecadados com a prestação de serviços, os quais deveriam ser recolhidos à conta única da Instituição junto ao Tesouro Nacional, em obediência ao disposto no art. 56 da Lei nº 4.320/64 e nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 93.872/86.

Entendeu o TCU, ao seu turno, que os contratos, de fato, não foram precedidos por licitação, o que, no entender do Tribunal, não gerou nenhuma consequência danosa à Administração Pública, já que, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.958/94, a Universidade Federal poderia contratar a Fundação por dispensa de licitação, asseverando, todavia, a impossibilidade de a Fundação arrecadar diretamente as mensalidades dos cursos oferecidos pela UNIVERSIDADE.

Premida pelas representações do Ministério Público junto ao TCU, a Fundação solicitou um parecer sobre a questão, formulando os seguintes quesitos:

“1 – A Fundação, pessoa jurídica de direito privado, enquanto entidade de apoio à Universidade Federal, pode oferecer cursos de especialização (pós-graduação lato sensu), sob contrato com a mesma?”

2 – No oferecimento de tais cursos, pode a Fundação realizar pagamento aos professores efetivos da Universidade, efetivos em regime de tempo de 40 horas, com dedicação exclusiva (DE)?

3 – A atividade realizada pelos professores em regime de tempo de 40 horas, com DE, nos citados cursos de especialização, pode ser caracterizada como uma atividade de extensão em relação às atividades de docência exercidas em seus cursos para os quais foram contratados sob concurso?

4 – O pagamento dos professores ministrantes dos cursos de especialização gerenciados pela fundação de apoio pode ser realizado através de bolsa de extensão?

5 – Os valores pagos pelos alunos dos cursos de especialização à Fundação devem, necessariamente, ser repassados à conta única da Universidade?

6 - Existe a possibilidade de contratação das Fundações de Apoio, de acordo com a Lei nº 8.666/93, art. 24, inciso XIII, para quaisquer serviços, uma vez que a lei não cria esse impedimento, tão pouco especifica quais os serviços? E, quais as conseqüências caso a Fundação não cumpra a recomendação do Ministério Público Estadual, velador das Fundações, e celebre contratos com órgãos públicos com base no inciso XIII, art. 24, Lei nº 8.666/93?"

Ao que passamos a responder.

1. Da Administração Pública Indireta.

O Estado, enquanto entidade destinada a satisfazer os objetivos a ele outorgados na Constituição, exerce poder sobre a realidade que conforma de modo a possibilitar o desempenho de suas funções. Este poder, que a ele é entregue de maneira una e indivisível pelo ordenamento jurídico e legitimado pelo respaldo advindo das forças sociais é exercido por meio de entes que se encarregam de empreender as ações necessárias para tanto.

O poder então é dividido funcionalmente entre órgãos, que, pela clássica teoria da separação de poderes (hoje compreendida como separação de funções) se incumbem das funções: legislativa, administrativa e jurisdicional.

A definição dos chamados poderes Legislativo, Executivo e Judiciário é definida pela sua função preponderante, pois, como já alertou Seabra FAGUNDES¹, todos os “poderes” exercem funções atípicas, que se encaixariam na atividade preponderante de outro poder. É caso, por exemplo, das medidas provisória (formalmente administrativo e materialmente legislativo).

A função administrativa é preponderante no Poder Executivo, e consiste na aplicação do Direito de ofício. Trata-se então da administração pública em sentido material (ou objetivo), que é o “conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade”.²

Para isso, é necessário que este organize a máquina estatal de forma a propiciar a aplicação do Direito às situações de fato definidas na norma. Temos então a figura da Administração Pública, em sentido formal, que é o conjunto de órgãos e entidades institucionalizados pelas pessoas políticas

¹ FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Forense, 1984. p. 3 e ss.

² MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65.

(União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a consecução dos objetivos postos na Constituição e nas leis.

Note-se então que a Administração Pública, primeiramente, prende-se às órbitas de governo postas na Constituição, a saber, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Estas pessoas são dotadas de personalidade jurídico-política de direito público. Estas pessoas, podem, elas próprias, desempenhar a função administrativa, dentro de suas competências constitucionais. Neste caso estaremos diante da Administração Pública Direta, que pode se desconcentrar através de órgãos (no sentido técnico) com funções determinadas, mantida porém a personalidade jurídica da pessoa política.

Porém, estas pessoas podem criar outras pessoas jurídicas, com personalidade distinta das pessoas políticas, mas a elas vinculadas, para que estas desempenhem a função administrativa. Neste caso, estaremos diante da Administração Pública Indireta.

O direito administrativo brasileiro encerra vários tipos de pessoas jurídicas que integram a Administração Pública indireta, sendo as principais as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Interessa-nos as fundações.

As fundações são pessoas jurídicas constituídas em torno de um patrimônio, afetado a uma finalidade (*universitas bonorum*). Daí dizer-se que são uma “*universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá unidade*”, ou então um “*patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado*”.³

Nasceram e foram desenvolvidas conceitualmente no âmbito do Direito Privado. Porém, foram transplantadas para os domínios do Direito Administrativo, na medida em que o Poder Público passou a instituir fundações para a consecução de seus objetivos.

Sendo assim, tais fundações, para cuja instituição ou manutenção concorre o Poder Público, receberam tratamento legislativo adequado ao regime jurídico-administrativo. É o que se nota da Constituição da República de 1988.

A Constituição, ao tratar das fundações no âmbito da Administração Pública, utilizou denominações variadas, conforme lição de MEIRELLES:

“Ultimamente, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para a prossecução de objetivos de interesse coletivo – educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. –, com a personificação de bens públicos e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, ter instituída as fundações públicas, ora chamando-as de ‘fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, §2º; 22, XXVII), ora de ‘fundação pública’ (arts.

³ BEVILACQUA, Clóvis. Código Civil Comentado. São Paulo, 1936, I/233 apud Meirelles, Op. Cit. p. 305.

37, XIX, e 19 das 'Disposições Transitórias'), ora de fundações mantidas pelo Poder Público' (art. 37, XVII), ora, simplesmente, de 'fundação' (art. 163, II)."

Apesar da variada nomenclatura, é possível, compilando o entendimento doutrinário e jurisprudencial existente no Brasil, traçar algumas características gerais.

As fundações, quando criadas por lei que atribui às mesmas regime jurídico de direito público, serão espécies do gênero autarquia, conforme já decidiu o STF⁴. Daí a denominação de fundações autárquicas.

Porém, pode a lei autorizar a criação, pelo Executivo de fundações. Nesse caso, as fundações terão personalidade jurídica de Direito Privado, conforme determina o art. 5º, IV do Decreto-lei nº 200/67, não obstante, também neste caso, integrarão a Administração Pública Indireta, incidindo assim o regime jurídico de Direito Público.

Em uma terceira hipótese, o Poder Público poderá somente assumir obrigações, legais ou contratuais, de manter uma fundação privada criada por particulares e que, a princípio, não integrariam a Administração Pública. Porém, a presença de recursos públicos atrai a incidência do regime jurídico de direito público, conforme preceitua DI PIETRO:

*"Com relação às fundações, é evidente que se o Poder Público, diretamente, com seus próprios recursos, ou indiretamente, por meio de entidades da Administração Indireta, tiver alguma participação em sua instituição ou manutenção, esta passará a integrar a Administração indireta, já que a Constituição, em vários dispositivos, faz referência a fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público (arts. 22, inciso XXVII, 71, incisos II e III, 165, §5º, incisos I e III, 169, parágrafo único)".*⁵

Porém, tal assertiva merece um balizamento, que consideramos já esteja implícito em seus termos. Para a atração do regime jurídico de direito público, a fundação deve ser mantida pelo Poder Público, ou seja, sua sobrevivência deve depender dos recursos públicos.

Portanto, não serão fundações públicas, aquelas instituídas por particulares, que travem relações contratuais com o Poder Público e em razão delas recebem verbas públicas. Neste caso, a fundação se mantém da sua própria atividade, que é remunerada pelos contratantes, que, no caso, será o Poder Público.

Tal dicotomia pode ser difícil de ser visualizada na prática, em razão da proliferação de fundações privadas criadas com a finalidade de travar relações com o Poder Público, tal como as Fundações de Apoio das universidades públicas federais, e aqui principia-se a adentrar na especificidade de nosso tema.

Em razão da proliferação destas fundações, e a possibilidade de promiscuidade entre o público (as Universidades Públicas Federais) e o privado

⁴ STF, RDA 160/85, 161/50, 171/124 apud MEIRELLES, Op. Cit. p. 306.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parecerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 281.

(as Fundações de Apoio) advindo dessas relações, esta situação mereceu tratamento legislativo específico, consubstanciado na Lei nº 8.958/94.

2. Do Relacionamento das Fundações de Apoio com as Instituições Federais de Ensino Superior.

Com o propósito de oferecer uma alternativa para proporcionar um certo grau de flexibilidade nas tarefas de ensino, pesquisa e extensão das Instituições Federais de Ensino Superior, enquanto entidades da administração pública constituídas sob a forma de autarquias ou fundações públicas, é que surgiram as Fundações de Apoio.

As Fundações de Apoio são entidades regidas pelo direito privado, que visam a proporcionar um mínimo de agilidade e autonomia às atividades universitárias como um todo, captando e gerindo recursos em prol do ensino, da pesquisa e da extensão universitárias.

O modelo Fundação de Apoio revelou-se, ao longo dos anos, vitorioso no esforço de dotar as Instituições Federais de Ensino Superior de um braço flexível, tanto que foi editada a Lei nº 8.958/94, que cuidou de estabelecer os parâmetros de relacionamento entre as entidades de apoio e as respectivas IFES.

O então Ministro MURÍLIO HINGEL, ao encaminhar ao Presidente da República a minuta do projeto da Lei nº 8.958/94, em sua exposição de motivos, assim se manifestou:

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

Constituem, assim, o meio eficaz e as condições especiais de trabalho, imprescindíveis às IFES – Instituições Federais de Ensino Superior, que poderão, dedicadas às atividades-fim, participar e contribuir efetiva e sistematicamente para o desenvolvimento científico e tecnológico do País.”

O desempenho das finalidades estatutárias das Fundações de Apoio faz-se principalmente através da celebração de convênios, contratos, ajustes e acordos, através dos quais a Fundação passa a ser a interface da Universidade com os órgãos de fomento e a comunidade em geral, reproduzindo para a sociedade o conhecimento gerado na universidade, tendo em vista o aperfeiçoamento das atividades de ensino, pesquisa e extensão, mediante cursos e consultorias especializados.

Assim, é por meio dessas atividades que a CONSULENTE obtém os seus recursos, que lhe são alocados para pagamento dos custos operacionais, e o restante repassado para a consecução dos seus objetivos altruísticos, quais sejam, apoiar as atividades de ensino, pesquisa e extensão da Universidade, nos termos estatuídos pela Lei nº 8.958/94.

Despiciendo dizer que a CONSULENTE está registrada e credenciada no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da

Ciência e Tecnologia, como determina a lei, e que todo o universo de operações efetuadas se encontra registrado, possibilitando a prestação de contas dos recursos movimentados. Ocioso seria frisar que a CONSULENTE mantém em seus arquivos todos os convênios e contratos à disposição de toda e qualquer fiscalização, parta ela de onde partir, demonstrando claramente tudo o que existe a respeito dessas atividades diárias, exercidas no cumprimento de seu escopo estatutário.

Aliás, até mesmo por expressa definição legal, as Fundações de Apoio constituem-se em inequívocos entes educacionais, sem finalidade lucrativa, na medida em que a própria Lei nº 8.958/94 cuidou de autorizar as IFES a se valerem das atividades prestadas pelas Fundações de Apoio, fazendo referência ao art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, definindo-as como sendo entidades incumbidas regimental e estatutariamente da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional.

Reza a Constituição Federal:

“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.”

Como se vê, a extensão universitária, indissociável que é da pesquisa e do ensino, apresenta-se como uma das formas de a Universidade relacionar-se com a comunidade. Em atenção ao relevante papel que a atividade de extensão exerce na difusão e aplicação do conhecimento, sua regulamentação, no âmbito da Universidade em comento, foi objeto da Resolução específica do Conselho Universitário.

Importa salientar que os cursos e serviços abarcados pela atividade de extensão, quando oferecidos pela CONSULENTE, utilizando-se de bens e serviços da Universidade, são, em verdade, executados em parceria com a Universidade, exercendo a CONSULENTE a administração dos serviços, a captação e gestão dos recursos, devendo se ater aos critérios e destinações estatuídos na Resolução do Conselho Universitário, sendo as eventuais sobras direcionadas em prol da Universidade ou vertidas às finalidades estatutárias da Fundação.

É de clareza meridiana, portanto, que o atingimento da finalidade pública (mas não exclusiva das instituições públicas de educação) a que se presta a atuação da CONSULENTE pressupõe a existência de receitas de titularidade da própria Fundação (receita privada), com as quais efetua as despesas e investimentos necessários à prestação dos serviços. Confirma a assertiva, o art. 5º da Lei nº 8.958/94, quando dispõe que: *“Fica vedado às instituições federais contratantes o pagamento de débitos contraídos pelas instituições contratadas na forma desta lei e a responsabilidade a qualquer título, em relação ao pessoal por estas contratado, inclusive na utilização de pessoal da instituição, conforme previsto no art. 4º desta lei.”*

À sua vez a Resolução do Conselho Universitário, estabelecendo as diretrizes a serem seguidas nos cursos de especialização ministrados pela Universidade apoiada em comento, concebe tais cursos como atividade de ensino e extensão, estabelecendo, entre outras previsões, a prestação de contas e o destino dos recursos arrecadados em tais ações.

Como se vê, a ação das Fundações de Apoio junto às IFES visam a um fim público, na dinâmica da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, embora não se confundam as receitas da CONSULENTE, que devem ser vertidas ao atingimento de sua finalidade institucional e as receitas da Universidade, captadas mediante os cursos de especialização e as atividades de pesquisa e extensão .

Os trabalhos prestados às empresas mediante as Fundações, via contratos de prestação de serviços, relacionados a problemas de difícil solução, a justificar o recurso à Universidade, não evidenciam nada de anormal ou estranho, senão a competência e a excelência universitárias, malgrado o sucateamento promovida pelos poucos recursos públicos alocados ao ensino superior obrigatório. De certo, não é rara a existência de trabalhos de fins de curso, dissertações e teses envolvidas nesse contato, fundamentais também para o desenvolvimento acadêmico da Universidade.

Assim, cada prestação de serviço contratada por ditas empresas é realizada pela Universidade, com o apoio da Fundação, e envolve a participação de professores, alunos, instalações, laboratórios, etc, tudo isso prévia e devidamente aprovado pelas instâncias internas da Universidade. É através dessas atividades de extensão, que a Universidade obtém receitas para melhoria do ensino, para a ampliação e o incremento de instalações e laboratórios e para o envolvimento dos corpos discente e docente universitários.

Num contexto crescente de retração de receitas públicas orçamentárias às Universidades Federais, nada mais legítimo, e estimulado pelo próprio Governo Federal, que as Universidades criem os seus programas de extensão através dos quais, além de se relacionarem com a comunidade (sendo este um relevante papel da atuação Universidade Pública), possam se tornar mais independentes dos sempre escassos recursos públicos federais.

Vale lembrar que, de cada curso ou serviço prestado com o auxílio da Fundação de Apoio, esta, além de efetuar o pagamento dos alunos e professores envolvidos, além de promover as aquisições de bens e equipamentos necessário à execução das atividades, deve, por efeito de orientação do Tribunal de Contas da União e da Secretaria de Controle Externo do próprio Ministério da Fazenda, recolher aos cofres públicos as taxas fixadas em resoluções internas da Universidade e ressarcir-la pela utilização, quando houver, dos equipamentos, serviços e material de consumo da Universidade.

Por outro lado, sendo inequívoco que toda a atividade de extensão cujos recursos tenham sido captados pela Fundação de Apoio revertem em prol dos objetivos finalísticos da entidade e da própria Universidade, através do fornecimento de bolsas a professores e alunos, pagamento de estagiários, aquisição de equipamentos e insumos, recolhimento de taxas aos cofres públicos, a onerosidade dos serviços prestados não desvirtua a finalidade não econômica (inexistência de apropriação privada dos lucros) que pauta a ação das Fundações de Apoio. Mas, remunerar professores e funcionários é desejável e salutar, pois lhe infunde auto-estima e estímulo econômico.

O que não se admite, e esta é a crítica manifestada em duntas opiniões, como a de MARIA SYLVIA DI PIETRO⁶, é o uso de tais entidades, ao pretexto da suposta eficiência financeira proporcionada pelas suas ações, para fugir às normas do regime jurídico de direito público e satisfazer, às custas do patrimônio comum, interesses privados e espúrios de terceiros e dos servidores públicos engajados nas atividades das Fundações de Apoio.

Condutas dessa natureza evidenciam, indubiosamente, finalidade malsã e desvirtuam os mecanismos que procuram estimular a autonomia da ação universitária na persecução dos seus objetivos institucionais. Mas não se pode negar que as ações das Fundações de Apoio devem perseguir a eficiência, de modo a produzir superávites que fortaleçam o seu patrimônio, uma vez que, conforme alertar DI PIETRO⁷ “(...) a fundação, por definição, é um patrimônio a que a lei outorga personalidade jurídica. Se o patrimônio é insuficiente para alcançar os fins a que se propõe, a fundação não pode existir. É o que determina o art. 30 do Código Civil: ‘Verificado ser nociva, ou impossível a manutenção de uma fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes.’”

O que merece cessar é essa obstinadamente ibérica aversão ao lucro. A Universidade, nos casos em que puder cobrar, deve fazê-lo e no montante máximo que puder alcançar. O exemplo norte-americano melhor nos serviria do que o atual, semi-monástico, vesgo, burocrático e hipócrita, a mortificar a já moribunda Universidade Pública no Brasil.

Aliás, engajar-se no ensino pago, para lá do obrigatório-gratuito, além de celebrar contratos onerosos com a iniciativa privada, são os caminhos da salvação de nossas Universidades. Só não vê quem não quer e porque não quer.

3. Da legalidade da cobrança para o oferecimento de cursos de especialização.

Os cursos pagos, oferecidos por Universidades Públicas por intermédio das Fundações de Apoio, foram objeto de diversas contestações pelo Ministério Público Federal, mas hoje estão estancadas todas as dúvidas quanto à legitimidade da cobrança. O Parecer nº 364/2002-27 do Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Superior, de 6 de novembro de 2002, é enfático ao afirmar que “os cursos de especialização e aperfeiçoamento, ou seja, de pós-graduação lato sensu, não se configuram como atividade de ensino regular e, por conseguinte, tem-se por correta a cobrança efetuada(...)”.

Na visão dos pareceristas “não somente podem as instituições cobrar por sua oferta quanto, mais ainda, decididamente, deveriam cobrar por ela, visto que não se espera que as universidades públicas destinem recursos públicos para tarefas que não façam parte de sua missão constitucional, para a qual, e somente para esta, está preceituada a gratuidade”.

⁶ Da Utilização Indevida da Parceria com o Setor Privado como Forma de Fugir ao Regime Jurídico Publicístico, in *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo: Atlas, 2005, pp 280 a 287.

⁷ Op. cit., p. 285.

A interpretação do art. 206, IV da Constituição, segundo o qual o ensino será ministrado com base, entre outros, no princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, deve ser interpretado nos limites do art. 208, § 1º, que prescreve o âmbito de atuação do Estado na prestação do ensino obrigatório e prevê que somente o “*acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*”.

Ou seja, a gratuidade é exigível somente para aquelas atividades de ensino definidas como sendo obrigatórias pela Constituição e pelas leis (básico, médio, superior - graduação, mestrado e doutorado). Ora, especializações não são cursos obrigatórios e exatamente por esse motivo não se vê na espécie qualquer hipótese de inconstitucionalidade como já pretendeu afirmar o MPF

Pela sua relevância e precisão em delimitar os contornos que separam o público e o privado nas ações das Universidades Federais, confirmam-se os excertos seguintes do PARECER CNE/CES Nº 0364/2004 (Proc. nº 23000.006324/2002-27), que dirimiu qualquer dúvida quanto à legalidade da cobrança pelo oferecimento dos Cursos de Pós Graduação *lato sensu*, em detrimento das reiteradas investidas do Ministério Público contrárias à cobrança em tais cursos:

“Trata o presente processo da cobrança de taxas em cursos de Pós-graduação lato sensu, realizada pelas Instituições Federais de Ensino Superior, cuja legalidade é questionada pelo Ministério Público Federal, com base no argumento segundo o qual o ensino público, ministrado em estabelecimentos oficiais, deve ser gratuito, conforme disposto no art. 206, item IV, da Constituição Federal.

(...)

Considere-se, na situação sob exame, que a função ensino, ao lado das que são tradicionalmente reconhecidas como competência da universidade – pesquisa e extensão - tem como característica principal a oferta regular e contínua dos seus cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu, sancionados pela emissão de diploma, cujo atributo legal é o grau acadêmico conferido aos alunos que hajam atendido às exigências acadêmicas pertinentes.

(...).

Ensina Newton Sucupira, em parecer que substancia doutrina fundadora dos cursos de pós-graduação no Brasil, que ‘o desenvolvimento do saber e das técnicas aconselha introduzir na universidade uma espécie de diversificação vertical, [na qual] a pós-graduação, em sentido restrito, define o sistema de cursos que se superpõem à graduação com objetivos mais amplos e aprofundados de formação científica ou cultural. Cursos pós-graduados de especialização ou aperfeiçoamento podem ser eventuais, ao passo que a pós-graduação em sentido próprio é parte integrante do complexo universitário, necessária à realização de fins essenciais da universidade’.

(...). Ensina o artigo 44, do capítulo sobre ensino superior, da LDB, que são os seguintes os gêneros constitutivos da família superior:

‘I - cursos seqüenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino;

II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo;

III - de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino;

IV - de extensão, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos em cada caso pelas instituições de ensino.’

(...). É a própria lei, contudo, associada à doutrina narrada, que vai permitir a adequada separação das quatro espécies componentes do gênero educação superior. São elas os programas de pós-graduação senso estrito e os cursos de especialização e outros, senso lato. Os primeiros, são aqueles regulares, na vertical diversificação do ensino superior, conducentes a diplomas; os segundos, são aqueles suplementares, não regulares, conducentes à certificação. Assim, o gênero pós-graduação, como já consagrava o Parecer CNE/CES 248/02, do Conselheiro José Carlos Almeida da Silva, compõe-se de espécies, umas regulares, outras suplementares, eventuais ou não, voltadas para ofertas e demandas específicas, de natureza essencialmente não acadêmica, mas sim prática.

A família "ensino superior" enseja a existência de gêneros distintos, uns regulares, outros complementares. Aqueles gêneros regulares, conducentes a diplomas, estão claramente inseridos no mandato constitucional de gratuidade, posto que integram a essência mesma da existência das instituições de ensino superior, sua razão de existir.

As outras espécies, não regulares, fazem parte de sua obrigação com a comunidade, por um lado, no caso da extensão, e de demandas especializadas e específicas de aperfeiçoamento profissional, por outro. Estão obrigadas as IFES e as entidades públicas de outros níveis de ensino, portanto, a oferecer gratuitamente, em obediência aos ditames constitucionais, seus cursos regulares, nos quais se auferem diplomas. E no que tange aos outros cursos, outras gêneros não regulares de educação superior, não somente podem as instituições cobrar por ela, visto que não se espera que as universidades públicas destinem recursos públicos para tarefas que não façam parte de sua missão constitucional, para a qual, e somente para esta, está preceituada a gratuidade. Não devem, portanto, as casas públicas de ensino superior destinar suas dotações para oferta gratuita de especializações e aperfeiçoamentos. Ressalte-se, adicionando-se argumento material à lógica do raciocínio, que inexistem, nos orçamentos das universidades públicas, dotações para os cursos de especialização, também não havendo para eles a hipótese de financiamento pelas Agências de Fomento, fazendo impossível, de novo, agora por razões materiais, que se os ofereça gratuitamente.

(...).

A permanência da gratuidade importaria em ônus injustificável aos cofres públicos, caracterizando impertinente uso de recursos que, a rigor, teriam como prioridade a sua destinação para as funções essenciais da universidade, precisamente aquelas que se enquadram nos limites do preceito constitucional da gratuidade. Ignorar esta circunstância e as prioridades sociais a serem contempladas implicaria na transferência de recursos exíguos e, em certo sentido, inelásticos para a sustentação de atividades assessórias, em prejuízo das suas funções mais relevantes, ao contrário do que inspirou a nossa Constituição.

III- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta consulta traz à discussão a classificação dos cursos de pós-graduação no Brasil e a terminologia adotada entre nós para caracterizar as diversas modalidades como foram sendo criadas no País. (...)

Como a graduação, os cursos de mestrado e doutorado acentuam o caráter de regularidade de que se revestem as atividades acadêmicas desenvolvidas em processos formais. Os cursos de extensão, como aquelas atividades inscritas com as características de especialização e de aperfeiçoamento, entretanto, incluem-se como prática do que mais recentemente se integrou à universidade, a educação permanente ou continuada

De certa maneira, os cursos de especialização em todas as formas previstas, os de aperfeiçoamento e até os de extensão, fazem parte de um mesmo grupo de educação continuada, cujas características principais são a oferta descontínua, episódica e, na maioria dos casos, não acadêmica, conduzindo a certificado. Vale dizer, tais cursos contrastam com definição de ensino, aproximando-se, muito mais, do conceito de extensão, conforme argumenta a Informação SESu, número 57, anteriormente mencionada, o que tem levado, por decorrência, à compreensão de que se tratam de cursos livres que independem, exceto no caso de entidades não educacionais, de prévia autorização e de continuada supervisão

(...)

Com base na Informação apresentada pela SESu, objeto principal deste Parecer, e com base nos argumentos desenvolvidos ao longo deste Relatório, a Comissão acolhe as seguintes considerações trazidas pelo Coordenador-Geral de Legislação e Normas do Ensino Superior, exaradas em sua Informação, de número 57, de 17 de Julho de 2002, e aqui repetidas com diminuta adaptação:

i. 'o ensino de graduação e pós-graduação *stricto sensu* ministrado pelas Universidade públicas deve ser gratuito, em expresse cumprimento ao dispositivo constitucional;

ii. os cursos de especialização e aperfeiçoamento, ou seja, de pós-graduação lato sensu, não se configuram como atividade de ensino regular e, por conseguinte, tem-se por correta a cobrança efetuada pelas universidades públicas pelos instrumentos que, no exercício de sua autonomia constitucional definirem".

A decisão transcrita, embora de forma implícita, acaba por exaltar o importante papel desempenhado pelas Fundações de Apoio em suas ações de extensão em parceria com a Universidade Pública - nelas abarcada a oferta de cursos de especialização e aperfeiçoamento -, na medida em que legitima a captação de recursos privados pelas IFES, tarefa executada, contra toda a sorte de obstáculos, por diversas Fundações de Apoio.

4. Do Princípio da Unicidade de Tesouraria.

O Princípio da Unicidade de Tesouraria atende à necessidade crescente de controle e transparência da movimentação dos recursos públicos, que acompanha o desenvolvimento do Estado de Direito. Ciente da relevância do controle das finanças estatais, o Direito Financeiro passou a prever cada vez mais textos normativos referentes ao controle das contas públicas.

No que se refere à gestão financeira, a Constituição de 1988 trouxe vários dispositivos que impõem ao administrador balizas para a gestão financeira. Além dos princípios da moralidade, publicidade, eficiência, legalidade e impessoalidade, que compõe o núcleo fundante da Administração Pública, consolidado no caput do art. 37 da Constituição, outras normas conformam a conduta do administrador, por exemplo:

- manutenção de disponibilidades de caixa em instituição oficial (art. 164, §3º);
- especificidade da lei orçamentária, que não conterà matéria estranha ao orçamento, facilitando a visualização da gestão financeira (art. 165, §8º);
- obrigação de publicação da execução orçamentária, de forma a dar transparência à gestão dos recursos públicos (165, §3º).

Dos exemplos citados restou comprovado o intuito de nosso ordenamento no controle da Administração Pública, em especial no que toca à administração de recursos orçamentários.

Além dessas normas, a Constituição delegou ao legislador complementar a função de estabelecer normas gerais de finanças públicas (art. 165, I) e normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta (art. 165, §9º, II).

A referida lei complementar ainda não foi editada. Porém, a Lei nº 4.320/64 foi recepcionada com status de lei complementar, regulamentando parcialmente as matérias previstas nos art. 165, I e §9º, II. A recepção desta lei pela Constituição de 1988 é inferida do seguinte julgado do STF:

"A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17/03/64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 4.320/63; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei." (ADI 1.726-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 30/04/04)

Portanto, estabelecida sua vigência, cumpre analisar o regramento que a lei atribui à gestão financeira, em especial ao princípio da unicidade de tesouraria, pelo que adentramos especificamente no objeto de nossa análise.

Em sintonia com a finalidade constitucional e em conformidade com as referidas normas de competência legislativa, o referido princípio foi positivado em seu art. 56, *verbis*:

Art. 56. O recolhimento de tôdas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.

Em que pese o dispositivo em apreço se referir a recolhimento, termo comumente utilizado como sinônimo de pagamento, seu conteúdo não impõe a centralização na arrecadação de recursos. A norma não regula a arrecadação, mas sim a guarda dos valores arrecadados.

Isso significa que a receita pode ser recolhida de forma descentralizada (por meio da rede bancária, por exemplo), desde que o produto da arrecadação seja destinada ao "Caixa Único" da tesouraria.

Neste sentido a lição de MACHADO JR. e COSTA REIS, clássicos comentaristas da Lei 4.320/64:

"Desta forma, está clara a exigência da lei, que não se prende à organização administrativa íntera da tesouraria da instituição. Esta poderá ser organizada de forma como achar melhor a Administração local. Por exemplo: a arrecadação poderá ser efetuada através da rede bancária. Os pagamentos poderão estar centralizados no setor da tesouraria ou descentralizados. A organização depende, pois, da Administração local".⁸

Além deste esclarecimento, é de se ressaltar que o princípio da unicidade de tesouraria somente abrange as receitas públicas. A receita pública é regulamentada no art. 11 da Lei nº 4.320/64:

⁸ MACHADO JR., José Teixeira e REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320/64 comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 1995. p. 115.

“Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital

§ 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

§ 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superavit do Orçamento Corrente.”

A lei, nota-se, não define o que seja receita pública. A doutrina, porém, fornece as bases para a delimitação do instituto, pelo que podemos acatar a definição doutrinária de MACHADO JR. e COSTA REIS:

“A lei não define receita, limitando-se a determinar e estabelecer uma classificação econômica, sobre a qual falaremos nos artigos próprios.

Na Administração Pública, mais precisamente no que diz respeito às entidades de Direito público interno, a receita se origina tanto em decorrência do seu poder de império como do poder de gerir seu patrimônio econômico-administrativo, entendido este como um conjunto de valores e também de transferências de outras entidades, quer sejam de Direito Público, quer sejam de Direito privado.

Podemos, desde logo, entretanto, definir receita nos seguintes grupos:

a) em sentido lato, como um conjunto de entradas financeiras, oriundas de fontes diversificadas, que integram o Patrimônio, conquanto possam existir reivindicações de terceiros sobre alguns desses valores;

b) em sentido restrito, como um conjunto de recursos financeiros obtidos de fontes próprias e permanentes, que integram o Patrimônio na qualidade de elemento novo, que produzem-lhe acréscimos financeiros, sem contudo gerar obrigações, reservas ou reivindicações de terceiros. Essas receitas resultam de leis, contratos, convênios, de tributos de lançamento direto e outros.”⁹

Da lição exposta, podemos concluir que receita pública é aquela que se destina aos cofres públicos, para lá permanecer em definitivo.¹⁰

Aplicando tal assertiva ao presente caso, temos que as receitas arrecadadas pela Fundação podem ou não ter natureza jurídica de direito público.

As receitas destinadas à Universidade, por força das Resoluções do Conselho Universitário e do contrato firmado com a Fundação, ostentam a natureza de receita pública, aplicando-se todo o regime jurídico de direito público, principalmente os financeiros e orçamentários, dentre eles o princípio da unicidade de tesouraria.

⁹ MACHADO JR., José Teixeira e REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320/64 comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 1995. p. 27.

¹⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 96.

Já as receitas percebidas pela Fundação, que não se destinem à Universidade, são receitas privadas, pertencentes à CONSULENTE. O fato desta apoiar a Universidade, mantendo constantes relações jurídicas com esta, não atribui natureza de direito público às suas receitas. Mormente, porque a Lei 8.958/94 e o Decreto 5.205/2004 regulam a interação entre as entidades, atribuindo às Fundações de Apoio regime jurídico de direito privado, exceto quando estas utilizam recursos públicos, como determina o art. 3º do aludido Decreto, ou atuam em nome da entidade de ensino apoiada.

Portanto, quando a Fundação administra em nome próprio suas receitas, que não se destinam e nem se originaram dos cofres públicos, não há razão para que tais valores se destinem ao Caixa Único da UNIVERSIDADE.

Esta separação de receitas já foi acolhida pelo TCU que, julgando caso análogo, recomendou à Fundação de Apoio que separasse e classificasse rigidamente suas receitas, de forma a saber sobre qual delas incide o princípio da unicidade de tesouraria.

É ver trecho do Acórdão 1548/2005 - Segunda Câmara Grupo II / Classe I / Segunda Câmara, Processo 004.127/2004-0:

“Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Flávio Antônio dos Santos, Diretor do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (Cefet/MG), contra o subitem 1.1 do Acórdãoº 609/2005 - Segunda Câmara, a seguir transcrito:

‘1.1. abstenha-se de estipular cláusula com previsão de gestão de recursos em conta administrada pela Fundação de Apoio, entidade privada, ou em contas diversas da conta única do Tesouro, observando o princípio da unicidade de tesouraria, o art. 164, § 3º da Constituição Federal, art. 56 da Lei n.º 4.320/1964 e os arts. 1º e 2º do Decreto n.º 93.872/1986.’

*Segundo o embargante, existiria obscuridade quanto ao alcance da citada determinação. **Ou seja, não teria ficado claro se a determinação abrangeria todos os recursos provenientes de ‘ajustes específicos’, hipótese na qual ficaria prejudicada, na visão do interessado, a obtenção do apoio que se busca da Fundação de Apoio (Fundação de Apoio Cefetminas).***

Nessa seara, o recorrente indaga se haveria possibilidade de a Fundação de Apoio Cefetminas continuar a gerir os recursos de “projetos específicos” e repassar ao Cefet/MG-Tesouro Nacional apenas o saldo dos recursos remanescentes. Para ilustrar suas dúvidas, o Diretor da entidade menciona projeto de assistência à alimentação de 800 estudantes carentes por dia, gerenciado pela Fundação. (...)

Por fim, foram formulados os seguintes requerimentos:

b) que houvesse esclarecimento sobre a possibilidade de “determinados projetos específicos, inclusive o da pós-graduação lato sensu e o da assistência à alimentação aos alunos carentes além de outros desenvolvidos mediante a captação da própria fundação, principalmente com a iniciativa privada, tenham gestão dos recursos pela Fundação, ou administrada somente pela autarquia, em conta específica para a execução do projeto, com total transparência e mediante prestação de contas, tendo os saldos dos recursos destinados

à conta do tesouro, na forma do artigo 18, III c/c artigo 20 da IN STN n.º 01/1997";

c) caso não atendido o requerimento da alínea anterior, que a determinação contida no subitem 1.1 do Acórdãoº 609/2005 - 2ª Câmara seja implementada apenas em 2007, quando estariam equacionadas as questões orçamentárias; (...)

A determinação contida no subitem 1.1 decorre da necessidade legal de contabilizar as receitas públicas por quem de direito - in casu, o Cefet/MG. A par das normas legais, a própria Constituição Federal, no art. 165, § 3º, estipula que as disponibilidades de caixa das entidades da União devam ser mantidas em instituições federais oficiais.

Assim sendo, não há como permitir que as receitas públicas continuem a ser gerenciadas da forma como é feita no Cefet/MG, sem a devida contabilização. Ressalte-se que, a existência de avença que delega a competência arrecadadora não é capaz de afastar os deveres decorrentes de lei.

O recorrente alega dificuldades na implementação do Acórdão em relação a diversos programas/projetos, que decorreriam de ausência de previsão orçamentária e formula uma série de questionamentos.

É de ver, contudo, que o subitem 1.1 do Acórdãoº 609/2005 - Segunda Câmara refere-se exclusivamente à contabilização de receitas públicas. Portanto, de fundamental importância que o Cefet/MG saiba identificar as receitas geridas pela Fundação de Apoio como pública ou privada. Pública será a receita que se enquadra no art. 11 da Lei n.º 4.320/1964 e se sua arrecadação é feita em nome da Administração.

No caso específico de taxa de inscrição em concurso vestibular, tem-se receita de serviço, haja vista que o vestibular, ainda que realizado por entidade privada, é feito em nome do Cefet/MG. Outras receitas arrecadadas pela Fundação Cefetminas deverão ser classificadas como receitas públicas apenas se decorrerem de atividade de responsabilidade da instituição de ensino. Quando as receitas decorrerem de atividades de competência exclusiva da Fundação, a ela pertencem, por evidente. (...)

Da decisão acima transcrita percebe-se que o Tribunal de Contas admite a segregação da receita para fins de aplicação do Princípio da Unicidade de Tesouraria. Além disso, fornece um critério para a identificação das receitas públicas que devem ser recolhidas ao "Caixa Único", qual seja, a atividade que origina a receita.

Conforme a decisão, as receitas decorrentes de "atividade de responsabilidade da instituição de ensino" devem ser recolhidas ao "Caixa Único". A atividade de ensino sob a responsabilidade da Universidade, cujo consecução é obrigatória para esta, é o ensino denominado *strictu sensu*, ou seja, cursos de graduação, mestrado e doutorado.

O ensino *lato sensu*, *in casu*, os cursos de especialização, tem caráter primordial de aperfeiçoamento do profissional para atuação no mercado de trabalho e não se identifica com as atribuições constitucionais da Universidade, não sendo, então, obrigatória para esta.

Portanto, quando a CONSULENTE arrecadar recursos mediante atividades que não se encontram no âmbito das funções delegadas pela Constituição às Instituições Federais de Ensino Superior, como no caso dos cursos de especialização (pós-graduação *lato sensu*), resta afastada a natureza pública da receita, pois esta não decorre de atividade obrigatória para a UNIVERSIDADE na realização de suas finalidades públicas.

Quanto a estas receitas aplica-se o entendimento do TCU acima citado, de forma que estas não se classificam *a priori* como receita pública, somente devendo ser recolhidas ao Caixa Único da Universidade no montante que a esta pertencer por força dos contratos firmados.

Com efeito, das receitas decorrentes da ação da CONSULENTE devem ser segregadas aquelas de sua titularidade e as devidas à Universidade. Entretanto, o MP parece não perceber tal distinção, considerando pública a totalidade das receitas, em virtude da participação do poder público na sua obtenção. Noutro giro, tem-se a Receita Federal, pretendendo tributar a totalidade das receitas das Fundações de Apoio, por considerá-las integralmente privadas, desqualificando, assim, a finalidade não lucrativa das ações das Fundações de Apoio.

Todavia, nenhuma dessas posições extremadas e contraditórias, no meio das quais encontram-se premidas as Fundações de Apoio, consegue compreender a contento a ação dessas fundações. A realidade é que as Fundações de Apoio, enquanto entidades de direito privado, sem finalidade lucrativa, representam o braço do Estado, que capta no mercado os recursos necessários ao cumprimento da missão constitucional da Universidade Pública, ao mesmo tempo que difunde na sociedade a *expertise* universitária.

5. Da Dispensa de Licitação.

A Administração Pública, ao contratar com particulares, deve obedecer aos princípios constitucionais, principalmente da isonomia e impessoalidade.

Dessa forma, a Constituição prevê no art. 37, XXI, como regra geral de conduta do administrador, o dever de licitar. Eis o dispositivo:

Art. 37. (...) 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.

Tal regra se justifica, na medida em que o procedimento licitatório, além de assegurar a igualdade de tratamento entre os administrados-licitantes e a impessoalidade do Administrador¹¹, objetiva também a obtenção da

¹¹ Neste sentido Carlos Ari Sunfeld: "A vontade funcional é canalizada no processo, do qual o agente é apenas um elemento.(...) O processo infunde ao ato racionalidade, imparcialidade, equilíbrio; evita que o agente o transforme em expressão de sua personalidade". *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 93.

proposta mais vantajosa ao Poder Público, na clássica formulação de MEIRELLES:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”¹²

Porém, conforme a disposição constitucional constante do art. 37, XXI, a lei pode ressaltar casos em que a licitação não será necessariamente obrigatória.

No Direito Brasileiro, a Lei 8.666/93, lei geral sobre licitação e contratos administrativos, prevê duas hipóteses em que poderá haver a contratação direta pela Administração Pública, sem o procedimento licitatório, a saber: a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Apenas para breve esclarecimento, e sem maiores delongas, podemos diferenciar a inexigibilidade da dispensa da seguinte maneira: a inexigibilidade será admitida quando for inviável a competição, ou seja, quando o objeto não for licitável, ao passo que a dispensa poderá ocorrer quando o procedimento licitatório confrontar com algum outro princípio da Administração, como a eficiência, economicidade ou finalidade dos atos administrativos.

Como esta última tarefa, de analisar o confronto entre o princípio da licitação e demais princípios da Administração tem grande abrangência e pode dar margem a diversos entendimentos, a lei determina de modo exaustivo as hipóteses de dispensa de licitação. Já quanto à inexigibilidade, a inviabilidade de competição só poderá ser avaliada no caso concreto, motivo pelo qual a lei tem caráter exemplificativo.

Sintetizando as idéias aqui expostas, segue lição de JUSTEN FILHO, que condensa a doutrina brasileira sobre o assunto:

“Somente há sentido em realizar licitação quando presentes determinados pressupostos lógicos, fáticos e jurídicos, segundo terminologia precisa de Celso Antônio Bandeira de Mello. A ausência desses pressupostos caracteriza o que se convencionou chamar de inexigibilidade de licitação.

Dá-se a inexigibilidade de licitação quando for inviável a competição. O conceito de inviabilidade de competição não foi explicitado pela lei, retratando intencional amplitude e abrangência. Todas as situações que caracterizem a inviabilidade de competição podem propiciar a ausência de licitação e a contratação direta. A lei remete à verificação das circunstâncias de fato, reconhecendo implicitamente a impossibilidade de elenco exaustivo e adotado aprioristicamente. Configura-se, nesse ponto, a grande diferença prática entre as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Nos casos de dispensa de licitação, os pressupostos de competição estão presentes e, teoricamente, seria incabível submeter a contratação

¹² MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 237

a um procedimento prévio de seleção. Porém, a lei eliminou a obrigatoriedade e licitação, por reputar inconveniente sua efetivação. Avaliando os benefícios (possíveis) e os prejuízos (inevitáveis) que poderiam concretizar-se em virtude do desenvolvimento do procedimento licitatório, o legislador permitiu a contratação direta. Em tais hipóteses, a autorização legal para a contratação direta deriva da previsão do legislador de prejuízos superiores aos potenciais benefícios.

Quando se trata de dispensa, o legislador tomou a si a tarefa de discriminar os casos de contratação direta. Por isso, a dispensa de licitação depende de previsão explícita em lei, cujo rol é exaustivo e não pode ser ampliado. Já nos casos de inexigibilidade, o legislador reconheceu a impossibilidade de promover um elenco exaustivo, por ser logicamente impossível antever todas as situações em que ocorrerá a inviabilidade de competição. Por isso, ainda que a lei indique situações de inexigibilidade, o rol normativo tem natureza exemplificativa. Nesse sentido, toda a doutrina se manifestou, como se pode ver em Celso Antônio Bandeira de Mello, Carlos Pinto Coelho Motta, Carlos Ari Sundfeld, Diógenes Gasparini e Toshio Mukai.¹³

Pois bem, passando ao texto da lei, temos que a Lei 8.958/94 e o Decreto nº 5.205/2004 apresentam, respectivamente, previsão expressa de situação de dispensa de licitação quando a Universidade Federal decide contratar com sua Fundação de Apoio. Seguem os dispositivos:

Lei 8.958/94

“Art. 1º As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.”

Decreto nº 5.205/2004

“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.

§ 1º Para os fins deste Decreto, consideram-se instituições federais de ensino superior as universidades federais, faculdades, faculdades integradas, escolas superiores e centros federais de educação tecnológica, vinculados ao Ministério da Educação.

§ 2º Dentre as atividades de apoio a que se refere o caput, inclui-se o gerenciamento de projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

§ 3º Para os fins deste Decreto, entende-se por desenvolvimento institucional os programas, ações, projetos e atividades, inclusive aqueles de natureza infra-estrutural, que levem à melhoria das condições das instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica para o cumprimento da sua missão institucional, devidamente consignados em plano institucional aprovado pelo órgão superior da instituição.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 1998. p. 250-1.

§ 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.

§ 5º Os contratos de que trata o caput dispensam licitação, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

O dispositivo pelo qual será regulada a dispensa de licitação será o art. 24, XIII da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

“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;” (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Do regramento legal citado, pode-se concluir que o princípio que suporta a dispensa da licitação no caso é a finalidade que se busca com o referido contrato, qual seja, o desenvolvimento da pesquisa, do ensino e da instituição, o que supera o aspecto meramente econômico do contrato. Conforme JUSTEN FILHO¹⁴, esta dispensa se dá em razão da “*destinação da contratação*”, que “*não é norteada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins.*”

Comentando o dispositivo da Lei 8.666/93, JUSTEN FILHO¹⁵ explicita o conteúdo da norma do art. 24, XIII, que pode ser assim resumido no que interessa ao presente caso:

- a)** a contratação deve se dar com pessoa jurídica regular;
- b)** estabelecida e constituída sob a lei brasileira;
- c)** que contenha em seu objeto social o desenvolvimento da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, sendo que as instituições a serem desenvolvidas referem-se à instituições sociais e políticas, não se referindo à instituições de organização administrativa;
- d)** de “inquestionável reputação ética-profissional”, referente à aptidão para o desempenho da atividade.

Cumpridos estes requisitos, estará autorizada a contratação direta da Fundação de Apoio. Ressalte-se, porém, que somente os serviços ligados à finalidade da Fundação de Apoio poderão ser contratados com dispensa de licitação, pois como visto, este é o fundamento da própria dispensa, qual seja, desenvolvimento institucional, de ensino, pesquisa ou tecnológico.

Fora do âmbito desses serviços, não é jurídica a contratação da Fundação de Apoio, sob pena de se exorbitar dos limites legais deferidos à Administração para declarar a dispensa de licitação. Portanto, a contratação da Fundação de Apoio para serviços meramente administrativos, de manutenção,

¹⁴ JUSTEN FILHO. Op. Cit. p. 212.

¹⁵ JUSTEN FILHO. Op. Cit. p. 232.

ou similares, relativos à gestão comum e cotidiana da Universidade será censurada de ilegalidade.

Porém, conforme narrado no item desta consulta em que se delineiam os fatos sob análise, a Fundação de Apoio somente realiza serviços ínsitos às finalidades postas no art. 24, XIII da Lei 8.666/93. Tais serviços, desde que contratados em respeito às demais formalidades legais (v.g. formalização dos instrumentos contratuais, estabelecimento de prazos legais, etc.), podem ser prestados, sem qualquer pena de ilegalidade.

Há também outra hipótese de dispensa de licitação, prevista no inciso XXV, do art. 24 da Lei 8.666.93, acrescido pelo art. 25 da Lei 10.973/2004 (Lei de Incentivo à Pesquisa e Inovação Tecnológica).

Ao contrário da hipótese de dispensa de licitação acima delineada, esta não aproveita exclusivamente às Fundações de Apoio, mas relaciona-se ao objeto a ser contratado, conforme se denota dos dispositivos pertinentes:

Lei 8.666/93

“Art. 24. (...) XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.” (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004)

Decreto 5.563/2005 (Regulamenta a Lei 10.973/2004)

“Art. 7º É dispensável, nos termos do art. 24, inciso XXV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a realização de licitação em contratação realizada por ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.

§ 1º A contratação de que trata o caput, quando for realizada com dispensa de licitação e houver cláusula de exclusividade, será precedida da publicação de edital com o objetivo de dispor de critérios para qualificação e escolha do contratado.

§ 2º O edital conterá, dentre outras, as seguintes informações:

I - objeto do contrato de transferência de tecnologia ou de licenciamento, mediante descrição sucinta e clara;

II - condições para a contratação, dentre elas a comprovação da regularidade jurídica e fiscal do interessado, bem como sua qualificação técnica e econômico-financeira para a exploração da criação, objeto do contrato;

III - critérios técnicos objetivos para qualificação da contratação mais vantajosa, consideradas as especificidades da criação, objeto do contrato; e

IV - prazos e condições para a comercialização da criação, objeto do contrato.

§ 3º Em igualdades de condições, será dada preferência à contratação de empresas de pequeno porte.

§ 4º O edital de que trata o § 1º será publicado no Diário Oficial da União e divulgado na rede mundial de computadores pela página eletrônica da ICT, se houver, tornando públicas as informações essenciais à contratação.

§ 5º A empresa contratada, detentora do direito exclusivo de exploração de criação protegida, perderá automaticamente esse direito caso não comercialize a criação dentro do prazo e condições

estabelecidos no contrato, podendo a ICT proceder a novo licenciamento.

§ 6º Quando não for concedida exclusividade ao receptor de tecnologia ou ao licenciado e for dispensada a licitação, a contratação prevista no caput poderá ser firmada diretamente, sem necessidade de publicação de edital, para fins de exploração de criação que dela seja objeto, exigida a comprovação da regularidade jurídica e fiscal do contratado, bem como a sua qualificação técnica e econômico-financeira.”

Nota-se que este dispositivo será aplicável à CONSULENTE quando ela for contratada para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nos termos do art. 7º do Decreto em referência.

Se a Universidade dotar o contrato de cláusula de exclusividade, deverá ser publicado edital, com o objetivo de dispor os critérios para qualificação e escolha do contratado, segundo o procedimento previsto nos §1º a 4º do art. 7º. Caso não conste a cláusula de exclusividade, a Fundação de Apoio poderá ser contratada diretamente, conforme autorização do §6º.

Uma última observação a ser feita é que esta hipótese de dispensa não se relaciona com a prestação do serviço de ensino, mas sim com a exploração de tecnologia desenvolvida pela Universidade.

6. Do conceito de Extensão e suas diversas acepções.

A Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, encaminhado ao presidente em 1931, por ocasião da instituição do Decreto 19.851, que estabeleceu o Estatuto da Universidade Brasileira, assim discorre:

“A extensão destina-se a dilatar os benefícios da atmosfera universitária àqueles que não se encontram diretamente associados à vida universitária, concorrendo, assim, para a elevação do nível cultural do povo em geral.”

O Decreto nº 19.851, em seu art. 42, traz o seguinte enunciado:

“Art. 42. A extensão universitária será efetivada por meio de cursos e conferências de caráter educacional ou utilitário, uns e outras organizados pelos diversos institutos da Universidade, com prévia autorização do Conselho Universitário.

§ 1º Os cursos e conferências, de que trata este artigo, destinam-se principalmente à difusão de conhecimento uteis à vida individual ou coletiva, à solução de problemas sociais ou à propagação de idéias e princípios que salvaguardem os altos interesses nacionais.

§ 2º Estes cursos e conferências poderão ser realizados por qualquer instituto universitário em outros institutos de ensino técnico ou superior, de ensino secundário ou primário ou em condições que os façam acessíveis ao grande público.”

Percebe-se que a extensão foi assimilada, em seus primórdios no Brasil, com a conotação de curso, apoiada em idéias vindas da Europa. Todavia, ao longo do tempo, a extensão foi objeto de várias abordagens, cada qual enfatizando aspectos distintos que constituiriam a sua prática.

ALBERTO MESQUITA FILHO¹⁶, ao examinar os conceitos de Extensão Universitária adotados ao longo do tempo, discorre sobre as várias acepções que o termo comporta, agrupando-os em cinco categorias: a extensão como oferta de cursos; a extensão como prestação de serviços; a extensão como complemento; a extensão como “remédio” e a extensão como instrumento político-social.

Os conceitos delineados pelo autor resultaram da síntese das variadas concepções vulgares, definições legais e conceitos já mais sistematizados de extensão, os quais foram agrupados de acordo com os seguintes caracteres:

(a) como oferta de cursos à população, exceto os de graduação, concepção apoiada em idéias oriundas da Europa;

(b) como prestação de serviços, seguindo o exemplo dos Estados Unidos, mas de uma maneira diversa da original, ou seja, sem vínculos com o ensino e a pesquisa, reduzindo-se a qualquer promoção de evento ou atividade filantrópica pela Universidade, ou, ainda, como qualquer tipo de comunicação ou de relação extra-cursos entre a Universidade e a comunidade, buscando os interesses da população atendida;

(c) como atividade complementar ao ensino e à pesquisa, e não como atividade autônoma, foi a concepção expressa no Decreto-lei 252 de 28/02/67, pelo qual a “*universidade deverá estender à comunidade, sob a forma de cursos e serviços, as atividades de ensino e pesquisa que lhe são inerentes*”;

(d) como remédio, destinando-se a suprir as falhas do ensino regular, como por exemplo o alheamento da realidade dos problemas sociais;

(e) como instrumento institucional utilizado para manter ou mudar a ordem social vigente.

Ao cabo, afirma o autor que o ensino, a pesquisa e a extensão são atividades autônomas e independentes, conquanto interligadas, e, portanto, indissociadas em virtude de estarem inseridas num contexto intimamente relacionado ao objetivo primordial da Universidade.

Complementando a legislação de 1931, a Lei nº 4.024/61, art. 69 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) caracteriza a extensão como modalidade de curso:

“Nos estabelecimentos de ensino superior podem ser ministrados cursos de especialização, aperfeiçoamento e extensão, ou quaisquer outros, a pedido do respectivo instituto de ensino, abertos a candidatos com preparo e os requisitos que vierem a ser exigidos.”

À sua vez, as discussões desenvolvidas no Fórum Nacional dos Pró Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras de 1987, revisando o conceito de extensão enquanto atividade autônoma, adotaram uma concepção que a vincula às atividades de pesquisa e ensino, enquanto dimensão da atividade acadêmica, resultando na definição de extensão como um “*processo educativo, cultural e científico que articula o ensino e a pesquisa*

¹⁶ *Integração Ensino-Pesquisa-Extensão*. Palestra no II Simpósio Multidisciplinar “A Integração Universidade-Comunidade”, realizada em 9 de outubro de 1996, USJT.

de forma indissociável e viabiliza a relação transformadora entre universidade e sociedade.”

Ao seu turno, reza a Constituição Federal:

“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.”

Considerando a autonomia da Universidade para definir suas linhas de atuação na efetivação da extensão, a sua indissociabilidade em relação ao ensino e à pesquisa e a legislação que trata da matéria no Brasil, os serviços de assessoria e consultoria, os projetos voltados à formação técnica e ao aperfeiçoamento de profissionais-cidadãos e, principalmente, à capacitação dos acadêmicos, como os cursos de atualização e especialização, conformam-se ao conceito de extensão, como também são formas complementares de extensão, inerentes à pesquisa e ao ensino, as publicações, os eventos, seminários, etc, vinculados às atividades culturais e de educação.

De extrema lucidez, o conceito de extensão construído no trabalho conjunto formulado pela Profa. Maria Izabel de Souza Lopes (UEMA) e pelo Prof. Alex Bolonha Fiuza de Mello (UFPA), na obra “Metodologia em Extensão Universitária”:

“Em outras palavras, extensão é o ensino e a pesquisa transformados em cursos, serviços, assessorias, etc., que nada mais são do que mecanismos de retorno à sociedade dos investimentos creditados à instituição. Decorre daí que o ideal seria que as ações ditas de extensão pudessem superar o eventual ‘assistencialismo’ para encerrar o produto mais maduro possível da totalidade do esforço acadêmico caracterizado pela competência e qualidade, sem o que não haveria ação efetivamente transformadora.”

Pode-se dizer, portanto, em face da multiplicidade de significados associados ao conceito de extensão, que o elemento essencial que a caracteriza é a transferência a outros setores da sociedade do conhecimento produzido nas entidades de ensino, em uma via de mão dupla, que, alicerçando-se no protogonismo dos agentes sociais, faz retornar à instituição de ensino, idéias, valores e experiências resultantes do processo de extensão, em um movimento transformador da sociedade e da própria instituição deflagrada da ação de extensão.

7. Resposta aos quesitos.

7.1 – A Fundação, pessoa jurídica de direito privado, enquanto entidade de apoio à Universidade Federal, pode oferecer cursos de especialização (pós-graduação *lato sensu*), sob contrato com a mesma?

A Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as Instituições Federais de Ensino Superior e de pesquisa científica e tecnológica e as Fundações de Apoio, não deixa margem a dúvidas quanto à possibilidade da celebração de contratos entre as entidades em comento, senão vejamos:

“Art. 1º As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

Art. 2º As instituições a que se refere o art. 1º deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro, e sujeitas, em especial:

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 bienalmente.

Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:

I - observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;

II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

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

IV - submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.

Art. 4º As instituições federais contratantes poderão autorizar, de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente, a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações referidas no art. 1º desta lei, sem prejuízo de suas atribuições funcionais.

§ 1º A participação de servidores das instituições federais contratantes nas atividades previstas no art. 1º desta lei, autorizada nos termos deste artigo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, podendo as fundações contratadas, para sua execução, concederem bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão.

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

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

Art. 5º Fica vedado às instituições federais contratantes o pagamento de débitos contraídos pelas instituições contratadas na forma desta lei e a responsabilidade a qualquer título, em relação ao pessoal por estas contratado, inclusive na utilização de pessoal da instituição, conforme previsto no art. 4º desta lei.

Art. 6º No exato cumprimento das finalidades referidas nesta lei, poderão as fundações de apoio, por meio de instrumento legal próprio, utilizar-se de bens e serviços da instituição federal contratante, mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à

elaboração e execução do projeto de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de efetivo interesse das instituições federais contratantes e objeto do contrato firmado entre ambas.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Conforme se infere dos artigos 1º e 2º da lei precitada, podem ser oferecidos cursos de especialização lato sensu, uma vez que estes se identificam com as atividades de ensino e extensão, passíveis de figurar como objeto da relação contratual entre a CONSULENTE e a UNIVERSIDADE.

Aliás, pode a CONSULENTE celebrar contratos com outras entidades, diferentes da instituição apoiada, desde que o seu objeto seja compatível com as finalidades institucionais da entidade apoiada, consoante se deduz do Decreto nº 5.205/2004, art, 2º, que regulamenta a Lei nº 8.958/2004. É conferir:

“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.

§ 1º Para os fins deste Decreto, consideram-se instituições federais de ensino superior as universidades federais, faculdades, faculdades integradas, escolas superiores e centros federais de educação tecnológica, vinculados ao Ministério da Educação.

§ 2º Dentre as atividades de apoio a que se refere o caput, inclui-se o gerenciamento de projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

§ 3º Para os fins deste Decreto, entende-se por desenvolvimento institucional os programas, ações, projetos e atividades, inclusive aqueles de natureza infra-estrutural, que levem à melhoria das condições das instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica para o cumprimento da sua missão institucional, devidamente consignados em plano institucional aprovado pelo órgão superior da instituição.

§ 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.

§ 5º Os contratos de que trata o caput dispensam licitação, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 2º A fundação de apoio poderá celebrar contratos e convênios com entidades outras que a entidade a que se propõe apoiar, desde que compatíveis com as finalidades da instituição apoiada expressas em seu plano institucional.

Art. 3º Na execução dos projetos de interesse da instituição apoiada, a fundação de apoio poderá contratar complementarmente pessoal não integrante dos quadros da instituição apoiada, observadas as normas estatutárias e trabalhistas.

Parágrafo único. É vedada à contratação de pessoal pela fundação de apoio para a prestação de serviços de caráter permanente na instituição apoiada.

Art. 4º As fundações de apoio às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica são entidades de direito privado regidas pelo disposto no Código Civil Brasileiro e na Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

§ 1º Os membros da diretoria e dos conselhos das fundações de apoio não poderão ser remunerados pelo exercício dessas atividades, sendo permitido aos servidores das instituições apoiadas, sem prejuízo de suas atribuições funcionais, ocuparem tais cargos desde que autorizados pela instituição apoiada.

§ 2º Para os fins do § 1º, não se levará em conta o regime de trabalho a que está submetido o servidor da instituição apoiada.

Art. 5º A participação de servidores das instituições federais apoiadas nas atividades previstas neste Decreto é admitida como colaboração esporádica em projetos de sua especialidade, desde que não implique prejuízo de suas atribuições funcionais.

§ 1º A participação de servidor público federal nas atividades de que trata este artigo está sujeita a autorização prévia da instituição apoiada, de acordo com as normas aprovadas por seu órgão de direção superior.

§ 2º A participação de servidor público federal nas atividades de que trata este artigo não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, podendo a fundação de apoio conceder bolsas nos termos do disposto neste Decreto.

Art. 6º As bolsas de ensino, pesquisa e extensão a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.958, de 2004, constituem-se em doação civil a servidores das instituições apoiadas para a realização de estudos e pesquisas e sua disseminação à sociedade, cujos resultados não revertam economicamente para o doador ou pessoa interposta, nem importem contraprestação de serviços.

§ 1º A bolsa de ensino constitui-se em instrumento de apoio e incentivo a projetos de formação e capacitação de recursos humanos.

§ 2º A bolsa de pesquisa constitui-se em instrumento de apoio e incentivo à execução de projetos de pesquisa científica e tecnológica.

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

§ 4º Somente poderão ser caracterizadas como bolsas, nos termos deste Decreto, aquelas que estiverem expressamente previstas, identificados valores, periodicidade, duração e beneficiários, no teor dos projetos a que se refere este artigo.

Art. 7º As bolsas concedidas nos termos deste Decreto são isentas do imposto de renda, conforme o disposto no art. 26 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e não integram a base de cálculo de incidência da contribuição previdenciária prevista no art. 28, incisos I a III, da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 8º Os pedidos de credenciamento de fundações de apoio e seu respectivo registros serão instruídos com a ata da reunião do conselho superior competente da instituição federal a ser apoiada, na qual manifeste a prévia concordância com o credenciamento da interessada como sua fundação de apoio, sem prejuízo de outros requisitos estabelecidos em normas editadas pelo Ministério da Educação, em conjunto com o Ministério da Ciência e Tecnologia.

Parágrafo único. A renovação do credenciamento concedido nos termos deste artigo depende de manifestação do órgão colegiado superior da instituição apoiada na qual tenha sido aprovado o relatório de atividades apresentado pela fundação de apoio.

Art. 9º Anualmente ou sempre que exigido pela instituição apoiada, a fundação de apoio deverá submeter à aprovação do órgão colegiado da instituição balanço e relatório de gestão e das atividades

desenvolvidas, bem como emitir balancetes e relatórios parciais sempre que solicitado pela instituição apoiada.

Art. 10. As fundações de apoio com credenciamento em vigor deverão adequar-se às disposições deste Decreto, no prazo de seis meses, contados da sua publicação, sob pena de indeferimento de renovação do registro e credenciamento de que trata o art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.958, de 1994.

Art. 11. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”

Para apoiar as atividades mencionadas no art. 1º, supra, a Fundação pode se utilizar de bens e serviços fornecidos pela instituição federal de ensino superior, donde se deduz não haver impedimento a que a CONSULENTE gerencie tais cursos (art. 1º, § 2º), administrando as despesas e receitas correlatas, com prévia autorização da entidade apoiada, podendo cobrar pelos serviços prestados e devendo repassar à Universidade o que lhe é de direito, em virtude dos recursos que aplica nos cursos ministrados através da Fundação de Apoio e em atendimento às determinações contidas nas Resoluções do Conselho Universitário.

Note-se que seria incompatível com a lei precitada a CONSULENTE oferecer os cursos sem amparo em contrato ou convênio. Entendemos que os contratos de cooperação com a UNIVERSIDADE podem ser de prestação de serviços ou de gestão, devendo haver a previsão da forma de remuneração da CONSULENTE e uma clara discriminação entre as receitas de sua titularidade e aquelas devidas à entidade apoiada, obedecendo-se a destinação prevista nas resoluções do Conselho Universitário.

A previsão das receitas próprias da CONSULENTE deve contemplar os recursos necessários a fazer face aos dispêndios atinentes ao desempenho das atividades a seu cargo, que constituem o objeto do contrato, sob pena de tais recursos serem considerados receita pública, e como tal, destinados ao caixa único do tesouro, engessando a gestão financeira dos cursos, em prejuízo dos fins almejados pela Lei nº 8.958/94.

Não se vislumbra, nos contratos firmados, a alegada inversão de papéis, decorrente da permissão concedida pela UNIVERSIDADE à CONSULENTE, para oferecer os cursos de especialização. O que nos parece é que a permissão concedida visa a tornar expressa a autorização da UNIVERSIDADE à CONSULENTE, para que os cursos sejam ministrados pelos professores daquela Universidade, atendendo ao reclame consubstanciado no art. 4º da Lei nº 8.958/94. Contratar o pessoal da entidade apoiada é permitido pela lei, a fim de que estes ministrem, por intermédio das Fundações de Apoio, cursos de especialização e desenvolvam atividades de extensão.

Haveria a inversão de papéis, se a CONSULENTE estivesse se utilizando dos contratos, para reunir pessoal estranho aos quadros da entidade apoiada, a fim de atender às necessidades de caráter permanente da Universidade, prática coibida pelo art. 5º da Lei 8.985/94 e que poderia gerar problemas trabalhistas para a entidade apoiada.

Considerando que as atividades de extensão e ensino lato sensu são sujeitas à aprovação nas instâncias competentes da Universidade, não se pode afirmar, como quer o TCU, que é a CONSULENTE quem conduz os

trabalhos segundo os seus desígnios, com o apoio da Universidade, em uma suposta inversão de papéis.

Ora, é indubitável que a condução dos trabalhos submete-se aos desígnios da entidade apoiada, que é quem autoriza e define as linhas de pesquisa, ensino e extensão a serem adotadas pela CONSULENTE no exercício de suas atividades. Ademais, a Fundação de Apoio deve submeter à aprovação do órgão colegiado da instituição o balanço e o relatório de gestão das atividades desenvolvidas, bem como emitir balancetes e relatórios parciais sempre que solicitado pela instituição apoiada, denotando o controle da Universidade sobre as finanças da CONSULENTE.

Com efeito, não há dúvidas de que o apoio à Universidade pode se dar mediante contrato voltado à prestação de serviços na áreas de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, conforme preceitua o art. 1º da Lei nº 8.958/94, desde que obedecidos os critérios legais que disciplinam a atuação da CONSULENTE e em estrita observância às Resoluções do Conselho Universitário.

7.2 – No oferecimento de tais cursos, pode a Fundação realizar pagamento aos professores efetivos da UNIVERSIDADE, efetivos em regime de tempo de 40 horas, com dedicação exclusiva (DE)?

Segundo o art. 1º da Lei 8.958/94, as Fundações de Apoio podem ser contratadas pelas IFES para apoiar projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes. Conforme ficou assente no item 3, supra, as Fundações de Apoio podem ser remuneradas por essas atividades, sem que isto evidencie finalidade lucrativa. A gratuidade é exigível apenas no âmbito do ensino obrigatório, função primordial outorgada pela Constituição às instituições públicas de educação, não atingindo as demais atividades que a lei permite sejam desenvolvidas pelas IFES, por intermédio das Fundações de Apoio.

Ora, para atingir as finalidades de sua atuação, o art. 6º da Lei 8.958/94 autoriza as Fundações de Apoio a se utilizar de bens e serviços da instituição federal contratante, mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à realização das atividades que constituirão o objeto do contrato firmado entre a instituição federal e a Fundação de Apoio. Assim, em verdade, é a instituição de ensino que exerce as atividades elencadas, mediante as Fundações de Apoio, sendo o valor da remuneração obtida pela CONSULENTE a origem dos recursos destinados à Universidade e ao pagamento dos professores e demais recursos necessários ao exercício do múnus educacional por parte da CONSULENTE.

A Lei nº 8.958/94 autoriza a participação dos servidores das instituições federais de ensino nas atividades desenvolvidas nas Fundações de Apoio (art. 4º). Portanto, inexistente proibição à atuação dos professores em regime de dedicação exclusiva nas Fundações de Apoio. Ao contrário, permite-se inclusive que sejam remunerados, ressalvando apenas o art. 4º e parágrafos da lei que tal atuação não gera vínculo empregatício, não deve sacrificar a jornada de trabalho a que estão submetidos os professores na Universidade e deve ser esporádica - ou seja, não deve delongar-se continuamente por prazo

indeterminado, mas somente enquanto as contingências reclamarem a sua participação.

A palavra “esporádica”, utilizada para qualificar a contribuição dos servidores públicos federais às atividades das Fundações de Apoio, parecidos, foi empregada, para contrastar com a “regularidade” de sua atuação nas funções públicas que exercem nas instituições em que trabalham, enfatizando que precípua é a atividade dentro da Universidade e secundária a participação junto às Fundações de Apoio.

É de clareza meridiana que a finalidade da lei é permitir que a atuação das Instituições Federais de Ensino Superior seja ampliada para outros setores da sociedade, não integradas ao ambiente da Universidade Pública, de sorte a permitir a expansão do ensino e da pesquisa básica e aplicada e, ao mesmo tempo, trazer recursos para as instituições federais de ensino, que permitam realizar a contento a missão que a Constituição lhes incumbiu.

O Decreto nº 94.664/87, que aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596/87, ao discorrer sobre o regime de trabalho do professor da carreira do Magistério Superior, impede o exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada (art. 14, I), pelo professor em regime de dedicação exclusiva, mas permite sua *“colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade e devidamente autorizada pelas instituições, de acordo com as normas aprovadas pelo conselho superior competente.”*

O espírito que anima o dispositivo deve ser compreendido em harmonia com o fim almejado pela Lei nº 8.958/94, ao permitir a participação dos servidores das IFES nas Fundações de Apoio, sem prejuízo das atividades desenvolvidas em suas respectivas instituições de ensino. Assim, a participação dos professores DE é autorizada, desde que não comprometa a carga horária dedicada às atividades relacionadas ao ensino obrigatório e gratuito. Ou seja, somente poderá dedicar-se à Fundação de Apoio de forma subsidiária, quando as circunstâncias exigirem a sua participação - em função da contribuição que o seu conhecimento especializado pode trazer - e por prazo determinado. Este o sentido emprestado ao termo “esporádico”, compatível com os fins pretendidos pelo ordenamento jurídico ao disciplinar a relação entre as IFES e as Fundações de Apoio.

É nessa perspectiva que também deve ser compreendido art. 129, § 2º, II do Regimento Geral da UNIVERSIDADE:

“§ 2º - Sem prejuízo dos encargos de magistério, será permitido ao docente em dedicação exclusiva:

(...);

II. o desempenho eventual de atividade de natureza científica, técnica ou artística, destinada à difusão ou aplicação de idéias e conhecimentos;”

Ou seja, o desempenho de outras atividades, além do magistério na UNIVERSIDADE, é autorizado, apenas nas ocasiões, em que se configure uma atividade científica, técnica ou artística, destinada à difusão ou aplicação

de idéias e conhecimentos. Assim, tem-se, a cada curso de especialização, uma nova eventualidade, que autoriza a contratação, por prazo determinado, do integrante da carreira de magistério no regime de trabalho de dedicação exclusiva.

Ora, considerando que a Lei nº 8.958/94 procura estimular, em prol da Universidade Pública, a participação dos servidores das IFES nas atividades desenvolvidas pelas Fundações de Apoio e, sendo a contratação de pessoal estranho à entidade apoiada apenas complementar (art. 3º do Decreto 5.205/2004), não há razão em se impedir a participação e a remuneração dos professores em regime de dedicação exclusiva, que apresentam um maior envolvimento com a Universidade e representam a excelência do magistério superior.

Deve haver, portanto, um arranjo na composição do corpo docente e discente atuante na Fundação de Apoio, que expresse o envolvimento da instituição como um todo nas atividades, estimulando o engajamento do maior número possível de professores em cada curso e reduzindo, por conseguinte, a frequência da participação de cada professor individualmente ao longo do tempo.

Como visto, uma vez que inexistente incompatibilidade entre o exercício das atividades de magistério do professor DE na Universidade e sua atuação nas Fundações de Apoio, afigurar-se-ia ilegal e anti-isonômico recorrer-se a um critério de discriminação, a fim de restringir a participação desses professores na Fundação de Apoio, que não se fundasse na inequívoca demonstração do prejuízo ao interesse público, decorrente da assunção de responsabilidades em ambas as instituições, na entidade apoiada e na Fundação de Apoio.

Pode-se afirmar, com efeito, que a participação do professor em regime de dedicação exclusiva nas Fundações de Apoio, não só é autorizada, como estimulada pela Lei nº 8.958/94, tendo em vista o objetivo estampado na lei de se estimular a autonomia e a agilidade nas ações da Universidade voltadas à difusão do conhecimento e de dotá-la de recursos financeiros e infra-estrutura, que lhe permitam fortalecer a sua atuação junto à sociedade.

7.3 – A atividade realizada pelos professores em regime de tempo de 40 horas, com DE, nos citados cursos de especialização, pode ser caracterizada como uma atividade de extensão em relação às atividades de docência exercidas em seus cursos para os quais foram contratados sob concurso?

Constam do Parecer nº 977/65, C.E.Su, aprovado em 31/12/65, as seguintes considerações:

“(…).

Normalmente os cursos de especialização e aperfeiçoamento tem objetivo técnico profissional específico sem abranger o campo total do saber em que se insere a especialidade. São cursos destinados ao treinamento nas partes de que se compõe um ramo profissional ou científico. Sua meta, como assinala o Conselheiro Clóvis Salgado em

sua indicação, é o domínio científico e técnico de uma certa e limitada área do saber ou da profissão, para formar o profissional especializado.

Mas, a distinção importante está em que especialização e aperfeiçoamento qualificam a natureza e destinação específica de um curso, enquanto a pós-graduação, em sentido restrito, define o sistema de cursos que se superpõe à graduação com objetivos mais amplos e aprofundados de formação científica ou cultural. Cursos pós-graduados de especialização ou aperfeiçoamento podem ser eventuais, ao passo que a pós-graduação em sentido próprio é parte integrante do complexo universitário, necessária à realização de fins essenciais da universidade.

(...)

Em resumo, a pós-graduação sensu stricto apresenta as seguintes características fundamentais: é de natureza acadêmica e de pesquisa e mesmo atuando em setores profissionais tem objetivo essencialmente científico, enquanto a especialização, via de regra, tem sentido eminentemente prático-profissional; confere grau acadêmico e a especialização concede certificado; finalmente a pós-graduação possui uma sistemática formando estrato essencial e superior na hierarquia dos cursos que constituem o complexo universitário.”

Ainda, conforme restou vazado do PARECER CNE/CES Nº 0364/2004 (item 3, *supra*), os cursos de especialização e aperfeiçoamento, contrastando com as características e finalidades dos cursos regulares e obrigatórios oferecidos pela Universidade, aproximam-se muito mais do conceito de extensão do que de ensino.

Finalmente, considerando a legislação e o conceito de extensão, conforme discorrido no item 6, *supra*, bem como a regulamentação dos cursos de extensão na UNIVERSIDADE e as normas atinentes à atuação das Fundações de Apoio, que serão abordadas no item seguinte, a atividade realizada pelos professores em regime de tempo de 40 horas, com DE, nos citados cursos de especialização, pode ser caracterizada como uma atividade de extensão em relação às atividades de docência exercidas em seus cursos para os quais foram contratados sob concurso.

7.4 – O pagamento dos professores ministrantes dos cursos de especialização gerenciados pela fundação de apoio pode ser realizado através de bolsa de extensão?

De acordo com o Decreto nº 5.205/2004, art. 6º, o pagamento dos professores que atuam nas Fundações de Apoio deve se dar por meio de bolsas de ensino, pesquisa e extensão:

“Art. 6º As bolsas de ensino, pesquisa e extensão a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.958, de 2004, constituem-se em doação civil a servidores das instituições apoiadas para a realização de estudos e pesquisas e sua disseminação à sociedade, cujos resultados não revertam economicamente para o doador ou pessoa interposta, nem importem contraprestação de serviços.

§ 1º A bolsa de ensino constitui-se em instrumento de apoio e incentivo a projetos de formação e capacitação de recursos humanos.

§ 2º A bolsa de pesquisa constitui-se em instrumento de apoio e incentivo à execução de projetos de pesquisa científica e tecnológica.

§ 3º A bolsa de extensão constitui-se em instrumento de apoio à execução de projetos desenvolvidos em interação com os diversos setores da sociedade que visem ao intercâmbio e ao aprimoramento do

conhecimento utilizado, bem como ao desenvolvimento institucional, científico e tecnológico da instituição federal de ensino superior ou de pesquisa científica e tecnológica apoiada.

§ 4º Somente poderão ser caracterizadas como bolsas, nos termos deste Decreto, aquelas que estiverem expressamente previstas, identificados valores, periodicidade, duração e beneficiários, no teor dos projetos a que se refere este artigo.

Art. 7º As bolsas concedidas nos termos deste Decreto são isentas do imposto de renda, conforme o disposto no art. 26 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e não integram a base de cálculo de incidência da contribuição previdenciária prevista no art. 28, incisos I a III, da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.”

A bolsa de pesquisa, enquanto instrumento de apoio e incentivo à execução de projetos de pesquisa científica e tecnológica, é um auxílio a ser concedido nas pesquisas destinadas à obtenção de conhecimento ou naquelas que visam, mediante a aplicação da tecnologia e do conhecimento, buscar soluções inovadoras de determinados problemas.

A bolsa de ensino é um instrumento de apoio e incentivo a projetos de formação e capacitação de recursos humanos, concedida aos professores para a realização de atividades voltadas à reflexão acerca de problemas científicos ou técnicos relacionados a uma área do saber e à transmissão do conhecimento resultante.

À sua vez, a bolsa de extensão constitui-se em instrumento de apoio à execução de projetos desenvolvidos em interação com os diversos setores da sociedade, que visem ao intercâmbio e ao aprimoramento do conhecimento utilizado, bem como ao desenvolvimento institucional, científico e tecnológico da instituição federal de ensino superior ou de pesquisa científica e tecnológica apoiada.

Pode-se dizer, em face da multiplicidade de significados associados ao conceito de extensão, que o elemento essencial que a caracteriza é a transferência a outros setores da sociedade do conhecimento produzido nas entidades de ensino, em uma via de mão dupla, que, alicerçando-se no protogonismo dos agentes sociais, faz retornar à instituição de ensino, idéias, valores e experiências resultantes do processo de extensão, em um movimento transformador da sociedade e da própria instituição deflagradora da ação de extensão.

Da Resolução que dispõe, entre outras questões, sobre a Pós-Graduação *lato sensu* no âmbito da UNIVERSIDADE, colhe-se que os cursos de especialização ostentem um caráter profissionalizante e estão inseridos nas ações de ensino, pesquisa e extensão.

Voltando o foco ao Decreto nº 5.205/2004, infere-se que as espécies de bolsas nele previstas guardam relação com o objeto da atividade desenvolvida pelo profissional com ela contemplado. Verifica-se, ainda, que à falta de um conceito único de extensão universitária e, reconhecendo-se a interação existente entre as atividades elencadas – ensino, pesquisa e extensão –, todas elas dotadas de notas características que integram o conceito de educação, é plausível que se suscitem dúvidas quanto à melhor classificação das atividades sujeitas à concessão das bolsas *in examine*, o que irá variar segundo o enfoque adotado pela entidade ofertante da bolsa.

Os cursos de especialização ministrados pela CONSULENTE apresentam características que permitem enquadrá-los como uma atividade de ensino e extensão, na medida em que os projetos de pesquisa suscitam reflexões no seio da Universidade e o seu resultado repercute sobre a sociedade, por meio da capacitação e atualização dos profissionais que concluíram o curso e mediante a sua atuação na vida profissional e/ou acadêmica.

Examinando-se o conceito de extensão adotado em Resolução da UNIVERSIDADE, conclui-se que os professores ministrantes dos cursos de especialização podem ser remunerados por meio de bolsa extensão.

Tal Resolução do Conselho Universitário considera a extensão qualquer tipo de atividade que envolva, ainda que parcialmente, “*consultorias, assessorias, cursos, simpósios, conferências, seminários, debates, palestras, atividades assistenciais, artísticas, esportivas, culturais e outras afins, propostas individual ou coletivamente, realizadas na Universidade ou fora dela*”, inexistem dúvidas quanto à subsunção das atividades desenvolvidas no âmbito dos cursos ministrados pela CONSULENTE ao conceito de extensão adotado pela UNIVERSIDADE, permitindo, assim, a remuneração dos professores por meio de bolsa de extensão, como determina o Decreto nº 5.205/2004 .

7.5 – Os valores pagos pelos alunos dos cursos de especialização à Fundação devem, necessariamente, ser repassados à conta única da UNIVERSIDADE?

Com base nas razões expendidas no item 4, *supra*, e, considerando, especialmente, o teor do Acórdão do TCU nº 1548/2005 - Segunda Câmara Grupo II / Classe I / Segunda Câmara, Processo 004.127/2004-0, percebe-se que o Tribunal de Contas admite a segregação da receita para fins de aplicação do Princípio da Unicidade de Tesouraria. Além disso, fornece um critério para a identificação das receitas públicas que devem ser recolhidas ao “*Caixa Único*”, qual seja, a atividade que origina a receita.

Conforme a decisão, as receitas decorrentes de “*atividade de responsabilidade da instituição de ensino*” devem ser recolhidas ao “*Caixa Único*”. A atividade de ensino sob a responsabilidade da UNIVERSIDADE, cujo consecução é obrigatória para esta, é o ensino denominado *strictu sensu*, ou seja, cursos de graduação, mestrado e doutorado.

O ensino *lato sensu, in casu*, os cursos de especialização, tem caráter primordial de aperfeiçoamento do profissional para atuação no mercado de trabalho e não se identificam com as atribuições constitucionais da UNIVERSIDADE, não sendo então obrigatória para esta.

Portanto, quando a CONSULENTE arrecadar recursos mediante atividades que não se encontram no âmbito das funções delegadas pela Constituição às Instituições Federais de Ensino Superior, como no caso dos cursos de especialização (pós-graduação *lato sensu*), resta afastada a natureza pública da receita, pois esta não decorre de atividade obrigatória para a UNIVERSIDADE na realização de suas finalidades públicas.

Quanto a estas receitas aplica-se o entendimento do TCU acima citado, de forma que estas não se classificam *a priori* como receita pública, somente devendo ser recolhidas ao Caixa Único da UNIVERSIDADE no montante que a esta pertencer por força dos contratos firmados. Assim, em relação aos valores pagos pelos alunos dos cursos de especialização à Fundação, não é obrigatório o repasse, em sua integralidade, à conta única da UNIVERSIDADE, mas tão somente a parcela que é devida à UNIVERSIDADE, como determinado nas resoluções do Conselho Universitário.

7.6 - Existe a possibilidade de contratação das Fundações de Apoio, de acordo com a Lei nº 8.666/93, art. 24, inciso XIII, para quaisquer serviços, uma vez que a lei não cria esse impedimento, tão pouco especifica quais os serviços? E, quais as conseqüências caso a Fundação não cumpra a recomendação do Ministério Público Estadual, velador das Fundações, e celebre contratos com órgãos públicos com base no inciso XIII, art. 24, Lei nº 8.666/93?

Tomando por base os fundamentos trazidos à colação no item 5, *supra*, e considerando os dispositivos da Lei 8.958/94 e do Decreto nº 5.205/2004, os serviços prestados pela Fundação de Apoio podem ser efetuados com dispensa de licitação. Seguem os dispositivos:

Lei 8.958/94

“Art. 1º As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.”

Decreto nº 2.205/2004

“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.

§ 1º Para os fins deste Decreto, consideram-se instituições federais de ensino superior as universidades federais, faculdades, faculdades integradas, escolas superiores e centros federais de educação tecnológica, vinculados ao Ministério da Educação.

§ 2º Dentre as atividades de apoio a que se refere o caput, inclui-se o gerenciamento de projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

§ 3º Para os fins deste Decreto, entende-se por desenvolvimento institucional os programas, ações, projetos e atividades, inclusive aqueles de natureza infra-estrutural, que levem à melhoria das condições das instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica para o cumprimento da sua missão institucional, devidamente consignados em plano institucional aprovado pelo órgão superior da instituição.

§ 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.

§ 5º Os contratos de que trata o caput dispensam licitação, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

O dispositivo pelo qual será regulada a dispensa de licitação será o art. 24, XIII da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

“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;” (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Do regramento legal citado, pode-se concluir que o princípio que suporta a dispensa da licitação no caso é a finalidade que se busca com o referido contrato, qual seja, o desenvolvimento da pesquisa, do ensino e da instituição, o que supera o aspecto meramente econômico do contrato. Conforme JUSTEN FILHO¹⁷, esta dispensa se dá em razão da “destinação da contratação”, que “não é norteadada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins.”

Comentando o dispositivo da Lei 8.666/93, JUSTEN FILHO¹⁸ explicita o conteúdo da norma do art. 24, XIII, que pode ser assim resumido no que interessa ao presente caso:

- a) a contratação deve se dar com pessoa jurídica regular;
- b) estabelecida e constituída sob a lei brasileira;
- c) que contenha em seu objeto social o desenvolvimento da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, sendo que as instituições a serem desenvolvidas referem-se à instituições sociais e políticas, não se referendo à instituições de organização administrativa;
- d) de “inquestionável reputação ética-profissional”, referente à aptidão para o desempenho da atividade.

Cumpridos estes requisitos, estará autorizada a contratação direta da Fundação de Apoio. Ressalte-se, porém, que somente os serviços ligados à finalidade da Fundação de Apoio poderão ser contratados com dispensa de licitação, pois como visto, este é o fundamento da própria dispensa, qual seja, desenvolvimento institucional, de ensino, pesquisa ou tecnológico.

Fora do âmbito desses serviços, não é jurídica a contratação da Fundação de Apoio, sob pena de se exorbitar dos limites legais deferidos à Administração para declarar a dispensa de licitação. Portanto, a contratação da Fundação de Apoio para serviços meramente administrativos, de manutenção, ou similares, relativos à gestão comum e cotidiana da Universidade será censurada de ilegalidade.

Porém, conforme narrado no item desta consulta em que se delineiam os fatos sob análise, a Fundação de Apoio somente realiza serviços ínsitos às finalidades postas no art. 24, XIII da Lei 8.666/93. Tais serviços,

¹⁷ JUSTEN FILHO. Op. Cit. p. 212.

¹⁸ JUSTEN FILHO. Op. Cit. p. 232.

desde que contratados em respeito às demais formalidades legais (v.g. formalização dos instrumentos contratuais, estabelecimento de prazos legais, etc.), podem ser prestados, sem qualquer pena de ilegalidade.

Há também outra hipótese de dispensa de licitação, prevista no inciso XXV, do art. 24 da Lei 8.666/93, acrescido pelo art. 25 da Lei 10.973/2004 (Lei de Incentivo à Pesquisa e Inovação Tecnológica). Ao contrário da hipótese de dispensa de licitação acima delineada, esta não aproveita exclusivamente às fundações de apoio, mas relaciona-se ao objeto a ser contratado, conforme se infere do art. 24, XXV da Lei 8.666/93 e o art. 7º do Decreto 5.563/2005 (Regulamenta a Lei 10.973/2004).

Nota-se que este dispositivo será aplicável à CONSULENTE quando a ela for contratada para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nos termos do art. 7º do Decreto em referência.

Se a Universidade dotar o contrato de cláusula de exclusividade, deverá ser publicado edital, com o objetivo de dispor os critérios para qualificação e escolha do contratado, segundo o procedimento previsto nos §1º a 4º do art. 7º. Caso não conste a cláusula de exclusividade, a Fundação de Apoio poderá ser contratada diretamente, conforme autorização do §6º.

Uma última observação a ser feita é de que esta hipótese de dispensa não se relaciona com a prestação do serviço de ensino, mas sim com a exploração de tecnologia desenvolvida pela Universidade.

8. Conclusão.

Ex positis, a atuação da CONSULENTE não merece reparos procedentes, já que atende à determinação de destinação à Universidade dos percentuais estabelecidos nas Resoluções do Conselho Universitário e a Universidade é ressarcida, mediante o pagamento de valores calculados com base no custo das horas trabalhadas pelos professores da UNIVERSIDADE, cujo valor não deve ser inferior aos percentuais estabelecidos nas referidas resoluções e tampouco ser destinado a fins distintos daqueles ali estabelecidos.

Por fim, cabe ressaltar que, na ausência das Fundações de Apoio, os maiores prejudicados seriam a sociedade como um todo e Universidade Pública, incapaz de desicumbir-se a contento das tarefas que a Constituição lhe atribui.