

Contratação de fundações com dispensa de licitação na área federal

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

Sumário

1. Dos objetos válidos de contratação. 2. Dos requisitos subjetivos para a contratação da fundação. 3. Da utilização indevida dos contratos para adiantamento de fundos a serem geridos e das suas conseqüências. 4. Conclusões.

A Lei nº 8.958/94 instituiu uma nova modalidade de dispensa de licitação, exercitável apenas pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica. Essa dispensa está limitada à contratação por tempo determinado de instituições sem fins lucrativos, criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino, extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (habitualmente conhecidas como “fundações de apoio”). Essa faculdade tem sido amplamente utilizada pelas instituições federais destinatárias da lei. Estas notas pretendem discutir alguns pontos ainda controvertidos da aplicação da Lei nº 8.958/94, à luz do processo legislativo que a originou, da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União¹, oferecendo alguns conceitos úteis à correta utilização desse importante recurso por parte da administração universitária, tendo em vista os condicionantes atualmente fixados pelo direito positivo em vigor.

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt
Analista de finanças e controle externo do
Tribunal de Contas da União e conselheiro do
Conselho Regional de Economia de Minas
Gerais.

1. Dos objetos válidos de contratação

Da enorme variedade de serviços atualmente contratados às fundações de apoio na forma da Lei nº 8.958/94 emerge o inevitável questionamento sobre a extensão da aplicabilidade do art. 1º daquele diploma legal. Partimos da hipótese de que o referido artigo (e o art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 nele citado) não prevê a dispensa de licitação em caráter exclusivamente subjetivo, ou seja, em função unicamente das características das fundações nele citadas. A ser assim, não são *quaisquer* contratos com as fundações que nele podem ser amparadas, mas *determinados* contratos com *finalidades específicas*. Justifica-se a dúvida e mesmo eventuais impropriedades da parte das instituições envolvidas, e o conhecido esforço orientador do Tribunal de Contas da União, pela concisão dos dispositivos legais e as dificuldades para sua interpretação, verificadas na própria doutrina especializada:

“Com relação à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional deve-se observar o seguinte:

a) as três expressões são muito abrangentes não identificando com precisão o objeto da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional, permitindo daí até inferências que só terão validade se contrastadas com o interesse público”².

Examinando seu conteúdo literal, temos que o art. 1º da Lei nº 8.958/94 permite a contratação por tempo determinado de “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”. O artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, a que o artigo anterior faz referência, restringe a contratação a “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional” de inques-

tionável reputação ético-profissional e sem fins lucrativos. Desde já percebe-se a inseparável vinculação dos contratos com projetos específicos de ensino, pesquisa e extensão ou de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, pois de outra maneira não se concebe a enumeração dessas finalidades no texto dos dois dispositivos³. Essa especificidade do projeto é igualmente acolhida doutrinariamente:

“Objetos vagos, para os fins da Lei nº 8.666/93, como por exemplo pesquisar a cura da AIDS, são ilegais, dispondo o Estado de outros meios para realizar tais atividades, inclusive mediante subvenção. Aqui se busca serviço ou bem, absolutamente definido e mensurável, com programação de etapas perfeitamente claras. A atividade poderá inclusive nem ser a pesquisa, embora firmada com uma entidade dedicada a pesquisa, havendo compatibilidade com o objeto”⁴.

Se avançarmos além do texto literal, vemos que teleologicamente não existiria nenhum fundamento de interesse público para diferenciar-se – em oposição ao princípio constitucional da igualdade perante a lei – determinada categoria de entes privados (as fundações) sem que essa diferenciação estivesse diretamente vinculada a algum benefício identificável para a sociedade. O benefício que poderia advir da finalidade institucional das fundações é, pois, a participação direta nas atividades a cujo apoio se destinam. Destaque-se que os “meios e condições especiais de trabalho” a que alude a Constituição não são destinados a tal ou qual autarquia ou fundação pública que seja instituição de ensino ou pesquisa, mas à *atividade* de ciência e tecnologia (Constituição Federal, art. 218, § 3º).

Pesquisando em seguida as intenções do legislador, vemos espelhada na Exposição de Motivos que fundamentou a referida Lei nº 8.958/94⁵ a vinculação entre a

contratação das fundações e a execução de projetos específicos:

“Neste contexto, as Fundações de Apoio cumprem funções específicas, especializando-se no conhecimento de políticas de atuação e procedimentos das agências de financiamento e fomento, nacionais e internacionais, no assessoramento à elaboração de projetos compatíveis com essas fontes e gerenciamento dos recursos obtidos com administração individualizada por cada projeto”⁶.

Percebe-se portanto a ênfase explícita da Lei, desde a origem, no papel das fundações como intervenientes na captação e gestão de recursos oriundos de agências financiadoras externas à academia. Essa ênfase é mantida na discussão da matéria dentro do Legislativo:

“O presente projeto de Lei deve merecer a aprovação plena da Câmara Federal, permitindo que as universidades Federais, haja vista que as fundações foram instituídas com o objetivo de *auxiliá-las na captação e gerenciamento de recursos extraordinários, oriundos de diversas agências de fomento nacionais e internacionais, para o desenvolvimento de projetos de pesquisa, ensino e extensão*, venham a desempenhar suas atividades-fins, contribuindo efetivamente para o desenvolvimento científico e tecnológico do País”⁷.

Em resumo, a literalidade da lei, as finalidades a que se destina e a pesquisa do *mens legis* conduzem à inevitável vinculação entre a contratação das fundações ao abrigo da Lei nº 8.958/94 e a existência de um projeto específico e definido de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico a que sirva o contrato. Não é qualquer serviço ou qualquer captação de recursos de que se trata: para a validade da dispensa de licitação, parece-nos essencial que os serviços desempenhados e os recursos captados ou geridos

estejam diretamente relacionados a algum desses projetos, e essa relação esteja pormenorizadamente descrita na justificativa da dispensa. Naturalmente, embora as fontes escritas refiram-se à captação e gestão de recursos externos, não vemos nenhum sentido ou interesse público em excluir do universo desses projetos aqueles custeados com recursos da própria instituição contratante: não será a fonte dos recursos que distinguirá aqueles inseridos no contexto da Lei, mas a sua destinação.

Não vemos como um estudo acadêmico ou o próprio Tribunal de Contas pode estabelecer, indutivamente, uma “regra de bolso” para apurar *a priori* se determinado tipo de objeto se enquadraria no contexto da lei (além daquela óbvia exigência formal de existir um projeto específico e documentado). No entanto, é possível prever que alguns objetos de contrato (mesmo com a formalidade escrita de um “projeto”) não estarão abrigados pela norma, apesar de aparentemente conformarem-se à letra da lei. Mais ainda, é possível compendiar alguns casos já examinados no âmbito de auditorias promovidas pelo TCU para oferecer, ao menos neste universo limitado, a orientação apropriada sobre sua adequação como objeto de contratação por meio da Lei nº 8.958/94.

Existem casos de utilização explícita das fundações para contratação de pessoal para operação de Hospitais Universitários. Trata-se nesse caso de contratação indireta de pessoal (sob vínculo empregatício ou como prestadores de serviços) para desempenho de funções permanentes do Hospital. Além das múltiplas vedações legais, os resultados da contratação da fundação envolvida circunscrevem-se à operação regular do hospital, sem vinculação direta com projetos específicos. Pode-se nesse ponto buscar uma generalização: mesmo sendo os Hospitais parte integrante da atividade-fim das Universidades, a simples operação ou gestão dos mesmos não é atividade inserida no universo permitido pela Lei nº 8.958/94. Isso propomos a partir

da constatação óbvia de que a função do Hospital em si é de prestação de serviços, não se confundindo com as atividades de pesquisa amparadas pelo art. 218, § 3º, da Constituição, por mais meritória que seja. Comprova-o a jurisprudência do Tribunal⁸, bem como um fato singular relacionado à elaboração legislativa do relacionamento universidades/fundações. Projeto de lei anterior à Lei n° 8.958/94 e visando o mesmo objetivo¹⁰, aprovado nas duas Casas do Congresso Nacional, dispunha em seu art. 1º que as fundações deveriam ter por finalidades o “apoio ao desenvolvimento de seus projetos de pesquisa, extensão, *gerenciamento das atividades de saúde* e assistência ao estudante” (grifo nosso). Ora, o referido Projeto foi vetado pelo Presidente da República¹⁰ e o veto foi mantido pelo Congresso Nacional¹¹, sendo que a atividade de gerenciamento das atividades de saúde não reapareceu na proposta que finalmente resultou na presente Lei n° 8.958/94. Assim, só nos cabe concluir que a atividade de gerenciamento ou operação de serviços hospitalares e de saúde não é, de per si, inserta no universo daquelas abrigadas pela Lei n° 8.958/94 (o que naturalmente não exclui a pertinência de projetos específicos nesta área que, individualmente, atendam às finalidades nela descritas). O caráter do risco da suspensão da prestação de serviços de saúde pública de urgência eventualmente executados pelo contrato não retira a impertinência da contratação, tendo alterado apenas, em caráter excepcionalíssimo, as medidas adotadas pelo Tribunal em alguns casos concretos.

Outros contratos envolvem a aquisição de gêneros alimentícios para as operações de Hospitais Universitários, o que tampouco nos parece guardar correlação com os fins colimados na Lei n° 8.958/94, tratando-se de serviço comercial cuja execução não está vinculada a qualquer projeto acadêmico ou científico¹². Aliás, o TCU já decidiu em assentada anterior que a aquisição de materiais e a contratação de serviços por parte de Hospital Universitário são objeto

de sua competência exclusiva, inexistindo amparo legal para transferi-las a fundação de apoio¹³.

Existem também alguns contratos de caráter genérico¹⁴, permitindo a sua redação abrigar um amplo leque de serviços, inclusive possibilitando que os mesmos sejam definidos a posteriori por meio de requisições ou ordens de serviço emitidas pela Universidade ou instituição contratante. Nesse caso, é virtualmente impossível pretender inserir qualquer desses serviços contratados em projeto acadêmico específico (e muito menos o seu conjunto, que resulta da simples agregação de objetos díspares). Pela própria redação de contratos desse tipo, parece-nos evidente que neles não há a mais tênue vinculação aos objetivos da Lei n° 8.958/94.

2. *Dos requisitos subjetivos para a contratação da fundação*

Da mesma forma como existe uma condição *objetiva* de validade da dispensa de licitação (ou seja, o objeto do contrato, como visto acima), impõe-se uma condição *subjetiva*, relativa à natureza da instituição contratada. Primeiramente, a longa lista de requisitos formais presentes nos textos legais. A contratada há de ser instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional, de inquestionável reputação ético-profissional e sem fins lucrativos, conforme preceitua o art. 24, inciso XIII, da Lei n° 8.666/93. Deverá ainda estar constituída em fundação de direito privado, na forma do Código Civil, sem fins lucrativos, e ser previamente credenciada nos Ministérios da Educação e do Desporto e da Ciência e Tecnologia, exigências essas fixadas pelo art. 2º da Lei n° 8.958/94. Além disso, o art. 1º desse normativo repete a exigência finalística da contratada, ao limitar seu universo a organizações “*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*”¹⁵.

Tais requisitos, a nosso ver, são inequívocos e não constituem dificuldade de entendimento ou aplicação. Outro pressuposto de validade subjetiva, porém, foi levantado pelo monitoramento diligente do TCU. Trata-se de uma exigência de conteúdo material: a conexão entre o objeto do contrato e os fins estatutários da instituição contratada, bem como das atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional efetivamente desenvolvidos por esta¹⁶. Essa exigência significa a verdadeira concretização do objetivo da lei: fomentar o ensino, a pesquisa e a extensão. Caso contrário, as Fundações beneficiárias da dispensa poderiam receber o respaldo legal para executarem qualquer tipo de serviço, indiscriminadamente, o que as transformaria em meros intermediários formais (até porque nenhuma organização pode propor-se a executar com excelência *todo e qualquer* serviço ou encargo). Na expressiva síntese do Ministro-Relator de uma das mais recentes decisões do TCU sobre o tema:

... a dispensa do procedimento licitatório só seria devida caso o objeto do contrato fosse compatível com os objetivos fins da Fundação de Apoio. Interpretar diferente seria permitir que as Fundações de Apoio e Pesquisa prestassem todo e qualquer serviço em detrimento dos concorrentes privados. O objetivo do dispositivo legal foi fomentar e divulgar a pesquisa e não desvirtuar sua área de atuação, o que por certo ocorreria caso essas entidades passassem a ser fornecedoras de serviços diversos para as entidades públicas que pretendessem se esquivar do certame licitatório¹⁷.

3. Da utilização indevida dos contratos para adiantamento de fundos a serem geridos e das suas consequências

Os contratos relativos a gestão de recursos recebidos de fontes externas (agências financiadoras públicas, empresas privadas) para financiamento de pesquisa,

bastante utilizados na área federal, parecem-nos caracterizados explicitamente na lei e seus antecedentes como paradigmáticos das finalidades atribuídas por ela à relação universidade/fundação, não restando dúvida da adequação de seu objeto aos ditames da Lei nº 8.958/94. Nesses casos, cabe precaver-se contra uma distorção que pode ocorrer na utilização dessa contratação de fundações: o pagamento antecipado de despesas, ou seja, a instituição contratante simplesmente repassar à fundação, *a título de pagamento liquidado na forma legal*, os valores recebidos do órgão financiador. Gerencialmente, estar-se-á buscando em todos os casos realizar uma espécie de “suprimento de fundos” em grande escala, ou seja, repassar recursos às fundações para que as mesmas executem tal ou qual gasto em nome da instituição contratante (na expectativa de que o façam de forma mais rápida e eficaz que a instituição poderia fazê-lo diretamente).

Por mais louvável que seja nesses casos a preocupação com a eficácia no uso dos recursos, não podemos senão concluir pela inadequação do uso do instrumento “contrato” para formalização da prestação de serviços de gestão de recursos de pesquisa pelas fundações. O *contrato* pressupõe interesses distintos por ele conciliados¹⁸, representando o ponto de contato entre a administração e os particulares que como tal a ela fornecem. Portanto, não é lícito desconsiderar os cuidados que o ordenamento jurídico confere a esse relacionamento. Entre esses cuidados está o mecanismo de liquidação da despesa, detalhadamente regulado¹⁹ com vistas a cercar o Estado de garantias da satisfação da obrigação do beneficiário *antes* do desembolso dos recursos. Atestados os bens/serviços como fornecidos (o que é feito, por definição, *antes* da execução contratual, nos casos aqui discutidos), nenhuma obrigação legal subsiste formalmente para o contratado (ou seja, as fundações já estão formalmente quites com

sua obrigação tão-somente com receber os recursos). Parece-nos desnecessário insistir nos riscos dessa prática: uma vez repassados os recursos dessa forma, a universidade contratante não tem meios jurídicos²⁰ de exigir quaisquer direitos contratuais (dado que deles já deu quitação por meio da liquidação). A “subordinação” ou “natureza orgânica” das fundações em relação às instituições de ensino e pesquisa (muitas vezes alegada como justificativa ou atenuante para a mencionada prática) não é uma realidade formal nem material, pela própria caracterização feita pela Lei nº 8.958/94 das exigências em relação às fundações (sendo no máximo uma tradição cultural que vincula algumas universidades às fundações criadas em seu âmbito). As fundações, no plano jurídico e no plano dos fatos, são entidades privadas distintas do ente público que as contrata. De mais a mais, qualquer argumento baseado em traços particulares de tal ou qual entidade não nos parece prosperar, pois os comandos legais não estabelecem distinções ou categorias entre os particulares neles mencionados.

Não nos parece, por fim, que o cumprimento das prescrições legais venha a obstar as finalidades da relação da instituição acadêmica com as fundações. Naqueles casos em que caiba a custódia dos recursos públicos pela fundação, na qualidade de ente de colaboração com os mesmos interesses que a instituição educacional ou científica contratante, a lei prevê a figura do *convênio*²¹. Neste subsiste a responsabilidade do ente privado receptor dos recursos até a aprovação final pelo concedente da prestação de contas da totalidade dos recursos (figura esta inexistente nos contratos). Tal instrumento pode ser utilizado nas situações em que a antecipação do repasse dos recursos seja a essência do que se pretenda atingir com o uso da fundação (como o caso da gestão de recursos recebidos de órgãos financiadores externos).

Poder-se-ia nesse caso objetar a vedação legal de pagamento de taxa de administração ou similares em convênios com recursos

federais²², dado que as fundações precisam ressarcir-se dos custos dos serviços que prestam. Também não nos parece aplicável esse argumento, dado que, se as fundações prestam algum serviço com sua atuação²³, esse serviço pode ser especificado, mensurado e ter seu custo incluído explicitamente como despesa do convênio correspondente, como de fato o será, com total conhecimento por parte dos órgãos financiadores²⁴.

Em síntese, é contrário à lei, além de administrativamente desnecessário, incluir na redação e na execução dos contratos celebrados ao amparo da Lei nº 8.958/94 o pagamento antecipado de despesas sem a devida liquidação, mesmo a título de adiantamento de recursos a serem geridos e/ou aplicados pela contratada, devendo nesses casos a instituição contratante examinar a conveniência da utilização da modalidade “convênio” para regular o seu relacionamento com a fundação envolvida.

4. Conclusões

Por conclusão, e com base nas experiências já examinadas por auditorias efetuadas pelo Tribunal de Contas da União, podemos avançar um pequeno passo na definição dos contornos da aplicação concreta da Lei nº 8.958/94, concluindo:

a) pela absoluta necessidade de que as instituições educacionais, científicas e tecnológicas restrinjam o objeto das contratações ao amparo da Lei nº 8.958/94 àqueles que atendam diretamente a projetos, previamente definidos e especificados pela instituição contratante, de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (art. 1º da Lei nº 8.958/94); art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93). Mais especificamente, as seguintes atividades não se constituem um objeto válido da contratação nos termos do art. 1º da mesma Lei:

a.1) contratação indireta de pessoal, a qualquer título;

a.2) gerenciamento ou operação de serviços de saúde;

a.3) aquisição de gêneros alimentícios;

a.4) contratação de serviços técnicos ou administrativos desvinculados de projetos acadêmicos específicos e definidos;

b) pela exigência de que os objetos dos contratos ao amparo da Lei nº 8.958/94 guardem ainda conexão com os fins estatutários da instituição contratada e as atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição que se pretenda contratar;

c) pela impossibilidade de inserção, nos referidos contratos, de cláusula que permita o pagamento antecipado de despesas sem a devida liquidação, mesmo a título de adiantamento de recursos a serem geridos e/ou aplicados pela contratada, devendo-se nesses casos examinar a conveniência da utilização da modalidade “convênio” para regular o relacionamento universidade/fundação.

Notas

¹ Por conseguinte, as Decisões e Acórdãos aqui mencionados emanam todos dessa Corte de Contas.

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília : Brasília Jurídica, 1995. p. 224.

³ “Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 250-251).

⁴ FERNANDES, op. cit., p. 225.

⁵ Cujos termos e razões, naquilo que ora se discute, não sofreram alterações no decorrer de todo o seu processo legislativo: *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 6-4-94, p. 4802/4803 (envio do Projeto pelo Executivo, com Exposição de Motivos); *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 21-10-94,

p. 12.994 (Discussão em turno único, apresentação do relatório conjunto das Comissões e aprovação em Plenário da Câmara); *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, 29-11-94, p. 7.508 (Discussão em turno único, apresentação dos relatórios das Comissões e aprovação em Plenário do Senado).

⁶ *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 6-4-94, p. 4.802.

⁷ Relatório Conjunto das Comissões de Educação, Cultura e Desporto de Constituição, Justiça e Redação e de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 20-10-94, p. 12.994 – grifos nossos).

⁸ Decisão 141/95, Ata 20/95 – 1ª Câmara, item 1.1; Decisão 443/95, Ata 40/95 – Plenário, item 1, Decisão 229/96, Ata 35/96 – 1ª Câmara.

⁹ Projeto de Lei do Senado nº 88 de 1988, que “dispõe sobre as fundações de apoio às instituições de ensino superior e dá outras providências”. *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, 18-4-91, p. 1.672-1.673.

¹⁰ DOU de 13/05/91, p. 8.966.

¹¹ *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, 22-5-91, p. 3.784.

¹² Não se discute se a contratação da Fundação é a melhor forma de executar o serviço, mas que a instância para decidi-lo é, por imposição legal, a licitação e não a contratação direta.

¹³ Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário, item 1.2.

¹⁴ Decisão 267/98, Ata 37/98 – 2ª Câmara; Decisão 881/97, Ata 52-97 – Plenário.

¹⁵ Grifos nossos.

¹⁶ Decisão 830/98, Ata 48/98 – Plenário; Decisão 252/99, Ata 19/99 – Plenário; Decisão 414/99, Ata 29/99 – Plenário.

¹⁷ Decisão 414/99, Ata 29/99 – Plenário; Voto do Ministro-Relator Adhemar Ghisi, item 2.

¹⁸ O contratante quer o serviço, o contratado quer o pagamento do preço – art. 48, parágrafo único do Decreto 93.872/86.

¹⁹ Art. 63 da Lei 4.320/64; arts. 36, 38 e 42 do Decreto 93.872/86.

²⁰ Salvo medidas extremas como a ação de repetição de indébito (arts. 964 e 965 do Código Civil) – que são de rito ordinário (portanto morosas) e que, em todo caso, invertem o ônus da prova contra a instituição contratante.

²¹ Art. 116 da Lei 8.666/93; art. 48, parágrafo único do Decreto 93.872/86; IN-STN 01/97.

²² Art. 8º, inciso I, da IN-STN 01/97.

²³ Caso contrário, não se concebe que possam ser contratadas.

²⁴ Se esse custo (precisamente definido, mensurado e comprovado) não puder ser aceito por algum órgão financiador, muito menos o será uma “taxa de administração” genérica como as que hoje se debitam aos contratos em vigor.