

Contratações públicas e fundações de apoio

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

Sumário

1. Introdução e contextualização do problema. 2. Requisitos de validade da contratação de fundações. 2.1. Requisitos subjetivos. 2.2. Requisitos objetivos. 2.3. A controvérsia sobre a constitucionalidade. 2.4. A questão do “desenvolvimento institucional”. 2.5. Situações particulares. 3. Problemas de implementação. 3.1. Liquidação antecipada de despesas. 3.2. Pagamento mediante “taxa de administração”. 3.3. Não-recolhimento de receitas – “caixa dois”. 3.4. Ausência de licitação na execução pelas fundações. 4. Esboço de uma tipologia dos contratos. 4.1. Regulares. 4.2. Irregulares (mas infelizmente comuns). 5. A modo de conclusão.

“Não existem óbices de ordem legal para que as universidades estabeleçam acordos e convênios, inclusive com entes privados; o que pode e deve ser feito é a remoção de normas que deturpam a plena vigência do direito público, diretamente fundamentado na Constituição, nos termos de seu art. 207, nas universidades federais e estaduais.” (Sader, 2004)

1. Introdução e contextualização do problema

Uma das vertentes principais do controle externo exercido pelo Congresso Nacional no cumprimento do mandato conferido pelos artigos 70 e 71 da Constituição Federal é o controle sobre as licitações e contratos da Administração Pública Federal. É de relevante interesse para a instituição parlamentar e suas unidades de assessoria técnica

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

ca (em particular para a Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal) contribuir para o aprofundamento do conhecimento dos aspectos mais complexos das licitações e contratos.

Nesse universo, assumem grande relevância algumas hipóteses particulares de dispensa de licitação que ensejam contratos que, somados, atingem grande valor. Uma dessas hipóteses de dispensa de licitação, que tem impacto muito forte nos setores de educação superior, ciência e tecnologia, é o relacionamento contratual da administração federal com as chamadas Fundações de Apoio a que faz referência a Lei nº 8.958/94, regulamentada pelo Decreto Federal 5.205/2004. O presente trabalho pretende descrever alguns dos principais problemas enfrentados nesse relacionamento e as soluções até o momento encontradas pelos órgãos de controle.

Tal relacionamento tem sua principal característica própria pela celebração de contratos com fundamento no artigo 1º da referida Lei, que dispõe que:

“As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do artigo 24 da Lei 8.666/93, 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”.

Esse dispositivo, portanto, descreve expressamente uma das situações em que é cabível a dispensa de licitação com base no art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93, segundo o qual é dispensada a licitação:

“XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição destinada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável

reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.

Essas modalidades de contratação têm sido objeto de profunda polêmica no âmbito administrativo e do controle. Não abordaremos aqui a questão da abrangência exclusivamente federal desse permissivo, a despeito de uma ampla utilização da faculdade pelas instituições de outras esferas de governo¹. Vamos concentrar a atenção nas principais dificuldades de caracterização e implementação que qualquer agente público, federal ou não, enfrenta ao abordar o tema.

Tais dificuldades, sustentamos, decorrem essencialmente do caráter genérico e impreciso de boa parte dos artigos da referida Lei nº 8.958/94. Em função dessa generalidade do texto, a matéria vem sendo tratada principalmente pela ação dos órgãos de controle, estando atualmente consideravelmente demarcada pelas decisões do Tribunal de Contas da União.

Este é o objeto principal de nossa abordagem: a aplicação sistemática de *todo o ordenamento jurídico nacional* à aplicação dada à Lei 8.958/94. A jurisprudência do TCU, em toda a sua variedade de casos práticos, é essencialmente a *interpretação sistemática* do ordenamento jurídico:

“Consiste o *processo sistemático* em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma” (MAXIMILIANO, 2003, p. 104-105).

Ou seja, não basta apenas aplicar a Lei 8.958/94; também são de observância obrigatória preceitos tais como a Lei 8.666/93 referente a todas as demais disposições de licitação e contratos, a Lei 4.320/64 e o Decreto 93.872/86 para as formalidades e con-

dições de execução do gasto público, e mesmo os princípios gerais da Constituição Federal (que, em alguns casos, tendem a ser esquecidos quando o único instrumento normativo observado é a Lei 8.958/94).

Assim, reconhecendo que a forma de redação original da lei poderia ensejar legitimamente dúvidas e lacunas nas primeiras etapas de sua execução, o TCU vem fazendo uma “regulação por aproximações sucessivas”, apontando em diferentes casos concretos a inobservância das demais normas legais (ainda que a literalidade da Lei 8.958/94 possa ser atendida nesses mesmos casos). A manifestação do Tribunal tem sido, até o momento, por meio das orientações corretivas permitidas pela sua Lei Orgânica². É preciso que o signatário e gestor desse tipo de contratos, no entanto, não deixe de levar em conta que as determinações corretivas já se acumulam há tantos anos, num volume e abrangência tais que é razoável supor que as próximas decisões da Corte passem a considerar irregulares os atos que se adotem com a inobservância dos preceitos legais tantas vezes mencionados e explicados pelo Tribunal.

Acreditamos que as conseqüências são ainda mais profundas. Apenas pela aplicação correta da totalidade do ordenamento jurídico será possível compatibilizar o uso do instrumento que são as fundações com o caráter da Universidade³ como integrante da Administração Pública, nos termos em que hoje a coloca a Constituição. O risco maior não é sequer a punição ao gestor individual: à custa de sucessivos abusos, pode-se provocar a rejeição social e legislativa desse modelo de contratação, sob a alegação de irresistível vocação à fraude. Estaríamos, aliás, diante de fenômeno bem conhecido da realidade social, bem descrito como a “teoria da curvatura da vara”:

“Ela foi enunciada por Lênin ao ser criticado por assumir posições extremistas e radicais. Lênin responde o seguinte: “quando a vara está torta, ela fica curva de um lado e, se você

quiser endireitá-la, não basta colocá-la na posição correta. É preciso curvá-la para o lado oposto” (SAVIANI, 1991, p. 48-49).

Exagero? Vejamos como coloca a questão doutrinadora da maior projeção no ramo administrativo, não apenas como acadêmica mas também no exercício de funções judiciais:

“[...] Aí opinamos no sentido de ser bastante duvidosa a legalidade da forma de atuação dessas entidades, pelo fato de se utilizarem livremente do patrimônio público e de servidores públicos sem observância do regime jurídico imposto à Administração Pública. [...] Esse ente de apoio assume a gestão de recursos públicos próprios da entidade pública. Grande parte dos empregados do ente de apoio é constituído por servidores dos quadros da entidade pública com a qual cooperam. O local de prestação de serviços também é, em regra, o mesmo em que a entidade pública atua.

Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última; só que quem arrecada toda a receita e a administra é a entidade de apoio. E o faz sob as regras das entidades privadas, sem a observância das exigências de licitação (nem mesmo os princípios da licitação) e sem a realização de qualquer tipo de processo seletivo para a contratação de empregados. Essa é a grande vantagem dessas entidades; elas são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público.” (DI PIETRO, 2003, p. 418).

Este é o desafio que se coloca para o controle e principalmente para o gestor desse tipo de contratos: como desenhar e formalizar contratos baseados na Lei 8.958/94, observando, ao mesmo tempo, o ordenamento

jurídico integral da Administração Pública? Como evitar incorrer, involuntariamente, em quebra da legalidade quando o que se pretende é utilizar os instrumentos facultados por essa Lei (com toda a imprecisão de sua redação) para melhor atender às finalidades da instituição universitária ou científica federal?

Este texto é um primeiro passo: procuramos aqui, basicamente, apresentar os casos concretos já levantados pela fiscalização, mas dentro de um quadro conceitual bem definido, identificando os requisitos necessários de toda contratação e o que falta em cada situação irregular⁴. Não se discute então o tema genérico “Fundações na Universidade”, seus aspectos estratégicos ou macropolíticos que estão sempre presentes no debate universitário⁵. E essa “concentração” é deliberada, por várias razões. O debate mais genérico perde-se em generalizações do tipo “conflito de interesses”, “privatização” e “favoritismo” versus “agilidade”, “flexibilidade” e “captação de recursos”, gerando poucos subsídios à solução dos problemas concretos e mesmo poucos argumentos sólidos para impugnar as irregularidades. Mais relevante ainda, ao concentrar a atenção nos mecanismos de contratação, coloca-se exatamente a ênfase sobre o contratante, ou seja, a instituição pública que estabelece relações com alguma Fundação (cede recursos, faz pagamentos, etc.). Sendo as Fundações entes privados, nenhuma restrição administrativa cabe a elas, salvo aquelas expressamente contidas em lei: é às Universidades contratantes que cabe o controle de seus recursos, pois são elas que se inserem na Administração Pública. “Cabe a elas alocar o tempo dos seus professores e verificar quais são as atividades de seu interesse acadêmico. As fundações não têm legitimidade para realizar esta tarefa e não podem ser responsabilizadas por suas consequências” (SCHWARTZMANN, 2002). Dessa forma, a correção e eventual responsabilização por irregularidades é majoritariamente tarefa da própria Administração

Pública contratante em sua função de autotutela, que se exerce sobre suas próprias atividades administrativas. É de ferramentas para essa autotutela (direta ou mediante a ação do controle externo) de que trata este trabalho.

2. Requisitos de validade da contratação de fundações

“Puro engano de inocentes e desprevenidos, o princípio nunca foi a ponta nítida e precisa de uma linha, o princípio é um processo lentíssimo, demorado, que exige tempo e paciência para se perceber em que direcção quer ir, que tenteia o caminho como um cego, o princípio é só o princípio, o que fez vale tanto como nada.” (SARAMAGO, 2000, p. 76).

A primeira observação é quase tautológica: o princípio vigente na Administração Pública é o da licitação de todas as compras, obras e serviços (art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal), sendo a dispensa de licitação uma exceção que depende de estritos pré-requisitos, taxativamente enumerados em lei. Assim, qualquer dos incisos do art. 24 da Lei 8.666/93, para ser aplicável, exige a ocorrência dos pressupostos que especifica (especialmente em um caso tão particular como a hipótese prevista na Lei 8.958/94). Este é o primeiro critério de análise: se a contratação podia ser feita, em primeiro lugar.

Sabemos que as fundações, como espécie de pessoa jurídica, podem sofrer algumas restrições oriundas dessa condição fundacional e contidas no Código Civil. No entanto, na extensão em que pudemos compreender o tema, tais restrições não as impedem de desenvolver atividade econômica (desde que os benefícios auferidos sejam revertidos para o cumprimento de seus objetivos estatutários)⁶. Assim, entendemos que não há irregularidade no simples fato de o contratado para uma prestação de serviços (atividade de natureza

econômica) possuir a natureza jurídica de fundação privada.

Porém, a legislação de licitações e contratos impõe uma série de exigências para dispensa de licitação, e algumas específicas para a dispensa com base no art. 24, inciso XIII, do estatuto licitatório. Algumas são de natureza subjetiva (ou seja, dizem respeito ao sujeito a ser contratado) e outras são objetivas (importando-se com o objeto do contrato). Nesta seção, passamos a abordar tais requisitos.

Existe alguma controvérsia preliminar acerca da possibilidade dessa contratação direta: autores existem que sustentam que, existindo em uma determinada situação mais de uma entidade que atenda aos pré-requisitos do artigo 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93, é obrigatório proceder a uma licitação entre elas, pois a dispensa não excluiria os princípios de concorrência entre todas aquelas beneficiadas pela preferência concedida pela lei⁷. Outros já defendem que o texto do dispositivo legal é suficiente para amparar uma escolha direta de quaisquer dessas entidades. Não nos estenderemos aqui nessa polêmica⁸. Primeiro, porque a totalidade dos casos concretos que aqui trazemos faz referência a situações concretas nas quais foi desde o início selecionada apenas uma entidade (o que faz presumir, fortemente, que o controle não faz reparos a isso nas contratações que examina). Segundo, porque os novos requisitos trazidos pelo texto do Decreto 5.205/04 fixam uma vinculação estrita entre a possibilidade da contratação e um rígido processo de credenciamento individualizado das fundações envolvidas perante a própria instituição que se propõem estatutariamente a apoiar, reduzindo significativamente o universo daquelas fundações que, em cada caso, poderiam aspirar a essa concorrência “interna”. Por fim, e mais importante, mesmo que eventualmente venha a prevalecer a posição em favor de uma “concorrência entre fundações”, os pontos que aqui levantamos permanecem inteiramente válidos. Seguimos

adiante, portanto, partindo do pressuposto de que a Administração Pública contratante pode escolher diretamente quaisquer das entidades que atendam aos requisitos de contratação que passamos a detalhar, sem necessidade de promover a concorrência entre elas.

2.1. Requisitos subjetivos

Alguns dos requisitos, contidos no próprio texto do art. 24, inciso XIII, dizem respeito à pessoa contratada, a suas características e natureza, pelo que as denominamos requisitos “subjetivos”⁹. Tais entidades devem ser:

a) incumbidas regimental ou estatutariamente da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional: estas finalidades estatutárias devem estar expressas nos respectivos estatutos ou atos constitutivos, e terão de corresponder ao objeto do contrato (ex: se o contrato tiver por objeto um curso ou outra ação de ensino, apenas aqueles que detenham tal finalidade estatutária poderão ser cogitados para contratação) (JUSTEN FILHO, 2004, p. 253);

b) de inquestionável reputação ético-profissional, assim entendida como a ausência de restrições à sua atuação em quaisquer âmbitos (a exemplo de descumprimento reiterado de obrigações trabalhistas, tributárias, previdenciárias ou ambientais, ou de descumprimento de obrigações contratuais anteriores com qualquer ente público, ou de restrições ou punições à sua atuação provindas da entidade de fiscalização profissional respectiva); e

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

radas¹⁰. Também faz parte desse critério de regularidade de contratação a vedação de remuneração a diretores e membros dos conselhos diretivos das fundações, nos termos do art. 4º do Decreto 5.205/04, que se discutirá adiante.

Para aquelas contratações que se pretendam fundamentar também na Lei 8.958/94, o seu art. 2º incs. I, II e III impõe ainda alguns condicionantes adicionais. Tais entidades contratadas devem ser:

a) Fundações de direito privado, constituídas na forma do Código Civil Brasileiro¹¹;

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

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

d) sujeitas à legislação trabalhista, o que é;

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

Por fim, a longamente esperada regulamentação da Lei 8.958/94 foi trazida pelo Decreto 5.205/94 (objeto de minuciosa negociação entre as instituições federais de educação superior e o Executivo federal), que trouxe alguns requisitos adicionais à condição das pessoas jurídicas contratadas, configurando requisitos subjetivos relacionados ao vínculo da fundação com a instituição de ensino apoiada. Em seus artigos 8º e 9º, acrescenta condições para que os Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia defiram o credenciamento para os fins do art. 4º da Lei 8.958/94. As fundações somente serão credenciadas se:

a) o Conselho Superior da IFES formalizar

a sua anuência ao credenciamento e aprovar os relatórios de atividades da fundação; e

b) a fundação apresentar à IFES seus relatórios de gestão e demonstrativos contábeis, anualmente ou sempre que solicitados por aquela.

O Decreto traz também algumas restrições relativas às relações do pessoal das IFES com as fundações para que o credenciamento seja aceito. Os membros da Diretoria e Conselhos das fundações não poderão ser remunerados. Em contrapartida, a assunção dessas responsabilidades é permitida aos servidores das IFES apoiadas, desde que o façam sem prejuízo das atribuições funcionais na universidade (sendo isto expressamente facultado para todos os regimes de trabalho, inclusive os de dedicação exclusiva). Em caráter geral, qualquer cessão de servidores às fundações é objeto de vedação expressa por determinação anterior do TCU (Acórdão 867/ 2001 – 1ª Câmara, itens 9.2.30 e 9.2.31), ficando claro que toda e qualquer participação dos servidores nas atividades da fundação é eventual e esporádica, sem implicar afastamento do cargo e das atribuições dos servidores na universidade, somente podendo ocorrer na execução de contratos nos termos exatos da Lei 8.958/04 ou neste caso excepcional de participação a tempo parcial em funções diretivas superiores segundo o art 4º do Decreto 5.205/2004. Abordamos essas restrições à cessão de pessoal neste ponto do trabalho porque parecem-nos constituir também pré-requisitos à contratação, na medida em que o seu descumprimento implica obrigatoriamente o não-credenciamento. Certamente os órgãos de controle verificarão o atendimento desses dispositivos de forma autônoma, como parte da auditoria de gestão dos dirigentes universitários; o seu descumprimento, porém, traz como consequência *também* a vedação de contratação da entidade envolvida.

Não podemos deixar de sustentar que tais disposições representaram uma moralização profundamente necessária no cená-

rio da relação entre IFES e fundações no país. Em primeiro lugar, atribuem à própria universidade a iniciativa de incluir no circuito de contratação privilegiada as fundações que sejam de seu interesse institucional (assim interpretado pelo máximo colegiado diretor previsto em seus estatutos), prevenindo a ocorrência de múltiplas fundações criadas em função de interesses particulares de seus instituidores a proporem e disputarem contratos com a universidade gerados em razão desses mesmos interesses particulares (TEIXEIRA, 2001). Ademais, induzem à transparência da atividade fundacional, impedindo que alguma fundação oculte da comunidade universitária quaisquer aspectos de sua atividade¹³, instrumento essencial no controle de abusos e fraudes. Por fim, quanto à vedação da cessão de pessoal (endossando normativamente as posições anteriores do controle), é uma autêntica inversão de valores admitir que as universidades, com o estrangulamento que acarretam todas as restrições que sofre a administração pública para contratar, ainda pudessem ceder seu escasso pessoal a entidades privadas que não têm qualquer limitação a ir ao mercado de trabalho e contratar quantos profissionais necessitem. Independentemente do ressarcimento dos salários de eventuais servidores cedidos (nem nos referimos, por absurdo, à cessão gratuita, que seria autêntico peculato de recursos públicos), a instituição pública estaria fazendo um pesado sacrifício em seu recurso mais escasso (o quadro de pessoal efetivo) em favor das atividades próprias de uma entidade privada que teria por finalidade exatamente o auxílio à universidade. O máximo admissível, ainda assim com grande risco, é a participação parcial dos servidores na definição das linhas estratégicas da fundação, em seus colegiados diretivos, entendida como uma forma de assegurar na prática o alinhamento da atuação da fundação aos interesses da universidade. Para isto é necessário exatamente que os servidores envolvidos não estejam afastados das suas res-

ponsabilidades habituais com a Universidade, sem o que se coloca inclusive um conflito de interesses, na medida em que passariam a manter contato e relacionamento apenas com a fundação que deveriam controlar. Com a explicitação dessas condições no texto normativo, nenhuma atenuante mais existirá para o descumprimento de preceitos tão básicos de moralidade na gestão universitária.

O Decreto 5.205/94 impõe ainda uma outra condição para a contratação, que merece cuidados no seu entendimento. Dispõe em seu art. 2º que:

“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”.

Um entendimento literal seria que o Decreto estaria impondo a essas fundações a proibição incondicional de celebração de ajustes com terceiros caso não obedçam a critérios aprovados pela universidade apoiada. Não podemos compartilhar dessa interpretação literal, e entendemos não deva ser assim aplicada pelos órgãos de controle. De ser assim, um Decreto estaria tentando impor restrições à atuação de uma entidade privada (e as fundações envolvidas são privadas por expressa determinação da Lei 8.958/94), o que contraria a garantia fundamental do art. 5º inc. II e XIII, e do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, a exigirem que as restrições à atividade econômica de qualquer agente privado constem expressamente em lei¹⁴. Uma restrição nesse sentido seria portanto flagrantemente inconstitucional.

Uma interpretação possível (talvez, a única que se possa fazer) é a de que, para ser credenciada ou contratada pela universidade, a fundação deveria observar a limitação desse artigo. Tratar-se-ia então de uma determinação imposta à capacidade de contratação da própria administração pública (que não poderia utilizar essa modalidade de

dispensa de licitação a menos que a contratada observasse as restrições do artigo). Nesse sentido, o Decreto não estaria exorbitando de seu poder regulamentar.

No entanto, mesmo sob essa interpretação, o dispositivo não é de modo algum conveniente à administração pública. Em primeiro lugar, como e por quem a observância dessa restrição deveria ser verificada? A quem cabe definir da compatibilidade de atividades privadas da fundação com o plano institucional da universidade? Em segundo lugar – e mais importante –, qual o prejuízo para a universidade em que a fundação realize atividades econômicas prestando serviços a terceiros, independentemente da sua relação contratual com a universidade? Ao contrário, caso tais atividades com terceiros gerem superávits que possam ser aplicados em benefício da universidade, a pretensão do Decreto é nitidamente prejudicial à instituição apoiada, pois priva-lhe de uma fonte legítima de receitas.

Entendemos assim que esse artigo 2º do Decreto 5.205/04 deva ser aplicado com o máximo de temperamento, para que não resulte inconstitucionalidade das decisões administrativas ou judiciais nele baseadas, e para que sua aplicação não resulte em prejuízo desnecessário ao próprio sistema federal de educação, ciência e tecnologia que se pretende beneficiar com a Lei 8.958/94.

2.2. Requisitos objetivos

Porém, os requisitos indispensáveis à contratação não se limitam à natureza da fundação contratada – ao contrário de uma certa cultura que infelizmente prosperou em segmentos da comunidade universitária segundo a qual, por ser uma fundação de apoio, toda e qualquer operação seria admissível. Toda uma série de critérios relativos à finalidade do contrato, seu objeto e características são também requisitos de natureza objetiva para sua validade.

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

a) um *projeto* previamente definido e especificado pela instituição contratante,

b) que guarde correlação direta com atividade de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico,

c) atividade essa que seja desenvolvida pelo contratante e pelo contratado.

Desdobremos essa definição: a instituição tem que formular, previamente à contratação, um projeto (cujo produto é um serviço ou bem, absolutamente definido e mensurável, com programação de etapas perfeitamente claras) que tem que ser aprovado formalmente pela instituição contratante (exigência do art. 1, § 4º, do Decreto 5.025/2004). Nunca é demais enfatizar a necessária precisão do projeto: juridicamente, em se tratando de uma lei referente a contratos públicos, seu entendimento deverá, evidentemente, apoiar-se no sentido técnico administrativo das expressões que contém. Na prática, boa parte dos abusos cometidos na contratação das fundações seria prevenida se houvesse a atenção necessária a essa exigência. Por sua importância, merece ser transcrita na íntegra a orientação detalhada do TCU a respeito (Decisão 1646/2002 – Plenário):

“8.4.5.2.6 – o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.7 – para efeitos desta determinação, um projeto tem produtos específicos e concretos que materializem os objetivos gerais da ação administrativa; uma duração temporária predefinida e limitada de suas operações; e uma consequência nítida de expansão quantitativa ou qualitativa (aperfeiçoamento) da instituição em função da realização de seus produtos, sen-

do normativamente definido como “um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo” (Portaria 42/99, art. 2º alínea ‘b’ do Ministério do Orçamento e Gestão, DOU 15.04.99);

8.4.5.2.8 – em consequência, a instituição deve anexar junto a todos os processos de dispensa de licitação de contratos celebrados com base na Lei nº 8.958/94, como parte integrante e indissociável da justificativa que exige o art. 26 da Lei nº 8.666/93, projeto específico de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional, em que se especifiquem, de acordo com o art. 1º da Lei nº 8.958/94 e o art. 26 § único, da Lei nº 8.666/93:

I) os objetivos acadêmicos a atingir com o contrato, em termos quantitativos (estimativa, se for o caso) e qualitativos;

II) os serviços demandados à fundação através do contrato, precisamente especificados também em termos quantitativos (estimativa, se for o caso) e qualitativos;

III) a vinculação entre os serviços demandados à fundação e os objetivos acadêmicos definidos nas alíneas anteriores;

IV) quaisquer modificações nestas informações que tornem necessária a elaboração de termos aditivos aos contratos em vigor”.

Este princípio tem consequências diretas: “o contrato deve estar diretamente vinculado a *projeto* a ser cumprido em *prazo determinado* e que resulte *produto bem definido*, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico”, diz a decisão acima. Por conseguinte, estão veda-

das contratações permanentes ou genéricas. O primeiro caso é a contratação de atividades de natureza permanente da universidade (já vedada expressamente pelo art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.958/94). O segundo é a previsão indefinida ou indeterminada dos serviços requisitados à fundação (representando o “contrato tipo ‘guarda-chuva’, entre o órgão público e uma entidade, de tal modo que tudo o que o primeiro necessite seja realizado pelo segundo”, deplorado pelo prof. JACOBY FERNANDES, 2000, p. 420)¹⁵.

Como um desdobramento instrumental, o projeto é um elemento imprescindível da justificação da contratação, portanto sua especificação detalhada deve compor o processo de dispensa de licitação, por exigência do art. 26, § único, da Lei 8.666/93.

O projeto tem ainda que guardar correlação direta com atividade de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, ou seja, com a atividade-fim da entidade contratante. Não haveria qualquer sentido em exigir que a fundação contratada tenha por finalidades essas atividades se o objeto a elas contratado sob essas condições tão privilegiadas seja de outra natureza (a exemplo da simples manutenção predial ou vigilância). A lei permite a dispensa, lembra Jacoby Fernandes, exatamente para fomentar ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional – não há qualquer razão plausível para que contratos que não tenham tais finalidades sejam acobertados pelo privilégio concedido (FERNANDES, 2000, p. 412)¹⁶. Roque Citadini transcreve alguns acórdãos do TCE/PR autorizando compras genéricas de bens e serviços a entidades de fins não-lucrativos (laboratórios farmacêuticos públicos) com base no art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93, lamentando – com razão – essas decisões como a aceitação de uma “reserva de mercado injustificada”.

Na realidade, o apoio direto ao ensino e pesquisa, na prestação de serviços muito bem definidos na gestão direta da atividade

de ciência e tecnologia, é o real objetivo pretendido pelo legislador ao editar a Lei 8.958/94, conforme expressa a própria Exposição de Motivos do projeto de lei que resultou nesse diploma legal:

“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” (BRASIL, 1994b).

Reiterando esta estrita correlação com a atividade-fim da instituição acadêmica, prossegue o TCU na enumeração das finalidades almejadas pela lei para essas contratações (Decisão 1646/2002 – Plenário, item 8.4.5.3.1):

“a Fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das Universidades” (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário).

À vista da dimensão que assumiram os contratos com fundações, chega a ser quase ingênua a declaração de intenções constante do processo legislativo, representando esses tipos de projetos a parcela menor do movimento desses contratos. No entanto, o texto genérico e impreciso da Lei 8.958/94 termina por permitir, à custa de interpretações literais, todo um leque de objetos que longe estão de corresponder a esse cenário quase idílico de fundações voltadas apenas para a interação entre a atividade propria-

mente acadêmica e as fontes de financiamento externo. Nesse sentido, a falha na técnica legislativa¹⁷ termina por elasticar enormemente as possibilidades do contrato, substituindo o critério preciso e limitado contido na Exposição de Motivos por uma genérica listagem de “pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional” que abrange muita coisa – mas não tudo. Mesmo sob esse critério excessivamente generoso, muitas contratações ficam de fora.

Mas a conexão com as finalidades indicadas não está limitada àquela entre o objeto do contrato e as finalidades institucionais da contratante. Tem de se também vinculada à atividade concreta da fundação contratada. Nos termos literais em que coloca o TCU (Decisão 1646/2002 – Plenário, item 8.4.5.3.2):

“8.4.5.3.2 – não é lícita a dispensa de licitação com fulcro no art. 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 ou no art. 1º da Lei nº 8.958/94 quando não existir *estrita conexão entre o serviço a adquirir pela administração e as atividades de pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição contratada, sendo vedada a referida contratação quando o produto ou serviço não for diretamente realizado pela instituição beneficiária da dispensa* ou esta atuar apenas como intermediária entre o contratante e outra instituição provedora dos serviços, devendo ainda ficar demonstrado nos autos que a entidade contratada – além de ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional – *tem capacidade de executar, com sua própria estrutura e de acordo com suas competências, o objeto do contrato*” (Decisão 252/1999 Ata 19/99 – Plenário; Decisão 881/97 – Plenário – Ata 47/97, publicada junto à Ata 52/97, item 8.3-1 – grifo nosso).

Dessa forma, o contrato não pode ser senão ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional *desenvolvidos habitualmente e diretamente pela contratada*. Ou seja, não é concebível que se contrate um serviço de apoio à pesquisa a uma fundação que apenas promoveu cursos de nível técnico. Ou que uma fundação especializada na prestação de serviços de estatística e pesquisa econômica seja contratada para colaborar com uma pesquisa de campo na área da zootecnia ou da geologia física.

Aliás, o artigo 30 (inciso II e parágrafos) da Lei 8.666/93 exige à administração pública assegurar-se de que todo e qualquer contratado (independentemente da dispensa de licitação) detenha “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação”, isto sempre mediante atestados de serviços prestados anteriormente a entidades públicas e privadas. Ora, se as atividades contratadas não são precipuamente desenvolvidas pela fundação envolvida, não disporá esta dos referidos atestados. E portanto, com toda a racionalidade jurídica e econômica, não poderá ser contratada. Essa exigência reflete-se inclusive na formalização do processo, devendo o administrador assegurar que sua entidade:

“junte aos processos de dispensa de licitação com base na Lei nº 8.958/94 uma descrição das experiências e qualificações da Fundação escolhida, para verificação do cumprimento em cada caso das Decisões 252/1999 (Ata 19/99 – Plenário) e 881/97 (Ata 47/97 – Plenário) (item 87 do relatório)”; (TCU, Decisão 1646/2002, item 8.2.22).

Muito menos é admissível que se contrate uma fundação para um serviço que ela não executará, subcontratando-o a terceiros. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma ver-

dadeira fraude: contrata-se uma fundação com base num dispositivo legal que pressupõe uma exceção ao princípio licitatório que tem fundamento na promoção de suas atividades finalísticas e na sua natureza não-lucrativa; em seguida, essa instituição transfere os recursos e a responsabilidade do contrato a um terceiro que nem tem suas finalidades estatutárias (aquelas que a lei pretendia fomentar) nem sequer tem natureza não-lucrativa. O que se tem é portanto uma burla pura e simples da licitação, vedada pelos arts. 13, § 3º, e 78, inc. VI, da Lei 8.666/93 (FERNANDES, 2000, p. 420)¹⁸. Tal como coloca Marçal Justen, “a constatação de que a estrutura própria da instituição é insuficiente para gerar a prestação adequada a satisfazer a necessidade estatal inviabiliza a aplicação do dispositivo” [o art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93] (JUSTEN FILHO, 2004, p. 255).

2.3. A controvérsia sobre a constitucionalidade

Como exemplo da “teoria da curvatura da vara” que mencionamos na primeira seção do texto, chamamos a atenção para uma controvérsia que se está esboçando no âmbito do Tribunal de Contas da União, capaz de afetar fortemente a viabilidade das contratações com base na Lei 8.958/94. Trata-se de sucessivos questionamentos, por parte de um de seus Ministros, da constitucionalidade de toda contratação baseada na Lei 8.958/94. Com base nessa tese, foram proferidas algumas deliberações divergentes da linha preponderante do Tribunal de acolher as condições estabelecidas na Lei 8.958/94 com as correções pertinentes. Nestas assentadas (Acórdão 328/2005; Acórdão 1934/2004 – Plenário; Acórdão 545/2005 – Plenário), decidiu o Tribunal no sentido de:

“determinar à IFES que só proceda a qualquer contratação de obra ou aquisição de produtos ou serviços, que constituam objeto de atividade econômica de mercado, por meio de licita-

ção, nos estritos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conduzida por comissão constituída no âmbito da IFES, a teor do art. 51 da Lei nº 8.666/1993”.

Isso se faz a partir de considerações de que o Decreto 5.025/2004, em particular o seu art. 1º § 3º, estaria inquinado de inconstitucionalidade:

“Assim, a despeito do que dispõe o Decreto nº 5.205/2004, considero que este Tribunal deva manter o entendimento que vem adotando até o presente, resguardando-se o direito de, no momento oportuno, e no exercício de suas atribuições, dar ao referido Decreto interpretação para conformá-lo à Constituição, nos termos da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.” (Voto do Acórdão 328/2005)

Isso se faz a partir de considerações de que o Decreto 5.025/2004, em particular o seu art. 1º, § 3º, estaria inquinado de inconstitucionalidade. Ora, colocar a discussão nestes termos, especialmente mantendo-a em suspenso por um prazo tão dilatado, é uma fonte de incerteza jurídica e administrativa. A inconstitucionalidade de uma norma legal ou regulamentar não se presume, pois estas gozam da presunção de legitimidade que advém do processo legislativo democrático e da natureza institucional do ato administrativo. Se existe algum ponto de conflito com a Constituição, é dever dos titulares do controle difuso de constitucionalidade (inclusive o Tribunal de Contas da União) pronunciá-lo incontinenti e de forma expressa, indicando com precisão qual o dispositivo afrontado e os fundamentos da impugnação da norma afastada.

Mais ainda, os princípios constitucionais de irretroatividade da lei tornam muito difícil a impugnação, em sede de controle difuso, dos contratos celebrados com base na legislação que se pretende inconstitucional (art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88), e juridicamente inconcebível o desfazimento dos milhares de atos administrativos e financei-

ros deles decorrentes (art. 5º, inc. XXXVI) e menos ainda a apenação de quaisquer dos agentes que os praticaram (art. 5º, inc. XL, da CF/88).

O fundamento apontado para a impugnação é também contraditório: qualquer objeto de contratação, por definição, é objeto de “atividade econômica de mercado” (caso contrário, não seria passível de contratação pelo Poder Público). Se isso fosse causa suficiente para a inconstitucionalidade, toda e qualquer hipótese de dispensa de licitação seria então inconstitucional. E assim não é, porque a própria Constituição dá ao legislador a faculdade de estabelecer em lei as exceções ao princípio da licitação, conforme a ressalva que inicia o texto do inciso XXI do art. 37 da Carta Magna (já consciente, o constituinte, que o fazia num ordenamento em que prevalecia, como continuou a prevalecer, o princípio da liberdade de iniciativa na economia, também consignado no art. 170, ‘caput’ e inciso IV da Carta). E o legislador federal assim o fez, por meio dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93. Alegar que essas exceções seriam em tese inconstitucionais seria pressupor uma antinomia interna à própria Constituição, entre os artigos 37, inciso XXI, e 170, tese dificilmente sustentável.

É verdade que, como sustentamos antes, os dispositivos da Lei 8.958/94 padecem de grandes vícios de técnica legislativa, permitindo várias interpretações dissonantes e mesmo absurdas. Tais vícios vêm sendo enfrentados pelo TCU de forma exaustiva e minuciosa, mediante a aplicação sistemática de todo o ordenamento jurídico a esse tipo de contratações¹⁹. No entanto, o combate a todas essas imperfeições exige a diligência e a humildade de enfrentar cada caso concreto e dele extrair sua lição particular, bem como a disposição de exercer plenamente o auxílio do Tribunal ao Parlamento com subsídios e argumentos dirigidos àquela instituição para que promova as mais que necessárias alterações legislativas. A via larga e aparentemente fácil da negação limi-

nar alegando inconstitucionalidade não é a mais adequada para o atingimento dos objetivos institucionais do controle externo.

2.4. *A questão do “desenvolvimento institucional”*

Ao tratar de objetos válidos para contratação, não se pode evitar enfrentar um dos mais escandalosos vícios do texto da Lei 8.958/94: a expressão “desenvolvimento institucional” (que, no particular, repete a redação da Lei 8.666/93). De fato, a caracterização de algum objeto como “desenvolvimento institucional” é a causa mais frequente de desvirtuamento da contratação de Fundações, como verificou auditoria consolidada do próprio TCU nos contratos com fundações²⁰.

Ausente do contexto jurídico nacional, introduzida tal expressão pelas próprias leis que destacamos (sem que nada conste a seu respeito nas respectivas Exposições de Motivos e registros da tramitação parlamentar), ficam os doutrinadores buscando em vão fórmulas semânticas no âmbito jurídico para dar alguma concreção a esse termo abstrato (FERNANDES, 2000, p. 418; NÓBREGA, 2003; TREIN; SAMPAIO, 2003). Por fim, retornam todos unanimemente à enunciação das deliberações do TCU sobre o tema, que adiante examinaremos.

Mas se não consta da tradição jurídica, e por tratar-se de matéria eminentemente técnica (contratos públicos), não é admissível que o intérprete se conforme com o senso comum indefinido (do tipo “algo que melhora a sociedade”). Há que buscar o conteúdo concreto do conceito de “instituição” e, conseqüentemente, seu “desenvolvimento institucional”, em algum âmbito do conhecimento humano.

Na visão do direito político, temos que instituições são vistas como valores ou idéias acolhidas pela sociedade:

“o conceito de instituição, de HAURIOU, que a concebe como ‘idéia de empresa que se realiza e dura num meio social’. Assim, pois, tem-se a idéia de algo

a realizar, de um valor a atingir, que conseguiu realizar-se e continuar existindo num meio social. Dessa maneira, podem-se ter instituições decorrentes da aceitação de teorias políticas, que preconizam certa forma de convivência ou determinada orientação nas relações de produção. Quando essas idéias passam do plano teórico ao da realidade, e adquirem condições de duração no meio social, estão institucionalizadas” (DALLARI, 1977, p. 158).

Já desde o ponto de vista da ciência política (ao qual remete, como vimos, a própria doutrina jurídico-política), Huntington sintetiza uma extensa tradição de pesquisa segundo a qual “as instituições são a manifestação comportamental do consenso moral e do interesse mútuo”²¹, ou “padrões de comportamento estáveis, valorizados e recorrentes”²², tendo surgido como formas de resolver, em uma sociedade complexa e heterogênea, os conflitos entre forças sociais divergentes sem que tais conflitos degenerem em lutas que minem as possibilidades de vida social²³. A institucionalização, portanto, é a aquisição de valor (para a sociedade) e estabilidade por determinadas organizações e procedimentos²⁴.

Na teoria econômica, o conceito de instituição tem uma longa tradição, estruturando sucessivas correntes de pensamento denominadas de uma forma ou outra de “institucionalistas”²⁵. Thorsten Veblen, inaugurando o chamado “antigo institucionalismo” define instituições como “conjunto de normas, valores e regras e sua evolução” (CONCEIÇÃO, 2002, p. 120), ou “hábitos de pensamento comuns à generalidade dos homens”²⁶. A teoria neo-institucionalista ressurge ao final dos anos 60 baseada na noção de instituição como sistemas de regras sociais duráveis e firmemente introjetadas (como a linguagem, a moeda, os sistemas de pesos e medidas, os modos à mesa, as empresas e outras organizações), regras estas que têm por principal utilidade criar no ho-

mem expectativas estáveis quanto ao comportamento dos demais²⁷. Pela mesma época, surgia outra corrente de pensamento que soube manter-se influente na teoria econômica, de forma contínua, até os dias atuais – a Nova Economia Institucional. Segundo esses autores:

“Instituições são as restrições estabelecidas pelos homens que estruturam as interações humanas. São formadas por restrições formais (ex: regras, leis, constituições), restrições informais (ex: normas de comportamento, convenções, códigos de conduta voluntários) e as características de seu cumprimento. Juntas, elas definem a estrutura de incentivos das sociedades, e em especial das economias” (CONCEIÇÃO, 2002).²⁸

Esse mesmo conceito é utilizado, *ipsis litteris*, nos estudos voltados à definição de políticas públicas que abordam as questões institucionais (BURKI; PERRY, 1998, p. 11; DE CAPITANI; NORTH, 1994, p. 10) (neste tipo de trabalho, surge a expressão “desenvolvimento institucional” sem definição explícita, designando apenas o aperfeiçoamento das assim definidas instituições num sentido prefixado como positivo por cada autor, BURKI; PERRY, 1998, p. 15-17)²⁹. A definição segue similar mesmo em escolas com perspectivas radicalmente distintas das do *mainstream*, como na Teoria francesa da Regulação que, lembrando o conflito e a violência inerentes à relação entre os homens, atribuem às instituições a natureza de forma de mediação de conflitos e antagonismos por meio de normas e regras que, por serem dotadas de certa soberania, conseguem transformar os antagonismos abertos em diferenciações sociais dotadas de uma certa estabilidade (AGLIETTA, 1976 apud CONCEIÇÃO, 2002, p. 127-128).

A expressão “desenvolvimento institucional” ganha foco específico em outros trabalhos, também na forma de *policy papers* mas igualmente com origem na Nova Economia Institucional. De Capitani & North

(1994, p. 1-2) apontam o desenvolvimento institucional como tema dominante para a assistência ao desenvolvimento, reconhecendo inexistência de uma teoria perfeitamente desenvolvida a esse respeito e sustentando uma vez mais a relevância da Nova Economia Institucional para abordar esse tema. Aplicando o conceito tanto para as “instituições em sentido estrito” (as “regras do jogo”) quanto para as organizações (os “jogadores”), enumeram os principais pontos críticos do aperfeiçoamento das instituições no processo de desenvolvimento, segundo a perspectiva da organização que orientam: a criação de instituições econômicas que tornem possível a existência de mercados impessoais, em particular aqueles que envolvam o comércio a longas distâncias ou os mercados de capitais que envolvam contratos distribuídos ao longo do espaço e do tempo; e o desenvolvimento de instituições políticas que especifiquem e garantam os direitos de propriedade de forma que encorajem as contratações produtivas.³⁰ Dentro desses objetivos, os projetos que o Banco Mundial chama de “desenvolvimento institucional” incluem tipicamente o fortalecimento de um ou mais dos seguintes componentes:

- estruturas organizacionais internas de agências e ministérios governamentais;
- sistemas de planejamento estratégico e formulação de políticas, incluindo o monitoramento e a avaliação;
- gestão financeira (orçamento, contabilidade e auditoria);
- gestão de recursos humanos (incluindo reformas no serviço público);
- relações interorganizações;
- estrutura organizacional e institucional de setores ou subsetores;
- vários aspectos da estrutura legal global (incluindo leis tributárias, códigos de investimentos, leis bancárias, regulamentação do mercado de capitais, leis societárias, leis de falências, bem como sistemas judiciais).³¹

Em suma, falar de instituições ou dimensão “institucional”, sob todas as visões cognitivas relevantes para o nosso problema, implica sempre falar de algo imaterial (normas, regras ou comportamentos) que foi formulado como um valor para a sociedade e que foi acolhido como prática recorrente e legitimada na conduta dos homens em sociedade³².

Portanto, qualquer que seja a acepção com que se lhe tome, a expressão “desenvolvimento institucional” não escapa de um grau extremo de generalidade. Praticamente tudo pode ser suscitado como desenvolvimento institucional.

Daí a importância das deliberações pioneiras do Tribunal de Contas da União, que permitem uma interpretação – ainda que difícil – que não confere à expressão um sentido tão vasto que, por absoluto, ensinaria a autêntica nulidade do dispositivo como regra de direito positivo. Conceitualmente, começa-se pela Decisão 655/2002, que estabelece algumas regras quase heurísticas:

“os contratos para execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela *melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada; a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos* e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial.”

Constam aí alguns critérios básicos: como *desenvolvimento*, tem de ser “caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho”, introduzindo a necessidade de se demonstrar uma mudança qualitativa na realidade e em dimensões conceitualmente precisas como o são a eficácia e a eficiência, e de que esta mudança seja *mensurável*, e que não se contempla a simples manutenção rotineira. Aqui ganha corpo a distinção entre a manutenção (“os

cuidados necessários ao funcionamento regular e permanente das instituições”) e o desenvolvimento de uma organização, cujas ações “visam ao progresso, ao crescimento da instituição; buscam alavancar seu desempenho de modo que, como resultado de um projeto de desenvolvimento institucional, a instituição beneficiada torna-se capaz de executar suas atribuições de forma mais eficiente e eficaz”.

Das Decisões 777/2000 e 030/2000, obtém-se ainda um rol de serviços que não são enquadrados como desenvolvimento institucional por suas próprias características (contratação indireta de pessoal, a qualquer título; gerenciamento ou operação de serviços de saúde; aquisição de gêneros alimentícios; contratação de serviços técnicos ou administrativos desvinculados de projetos acadêmicos específicos e definidos; serviços genéricos de consultoria organizacional).

Por fim, a citada Decisão 030/2000 trata com grande acerto a questão da fonte de “institucionalização” dos valores perseguidos com o desenvolvimento. Associa essa “institucionalização” de algum valor à sua inscrição como bem jurídico expressamente mencionado pela Constituição Federal. Mais precisamente:

“8.4.5.2.3 – as contratações ao amparo no art. 24 inciso XIII da Lei no 8.666/93 ou do art. 1º da Lei nº 8.958/94 que tenham por fundamento o ‘desenvolvimento institucional’ de que tratam os citados dispositivos devem restringir-se aos contratos que tenham por objeto a implementação direta de alguma forma de ação social que tenha sido especificada direta e expressamente no texto constitucional como de interesse do Estado (em rol exemplificativo, a proteção à infância, arts. 203, I, e 204, I, da Constituição Federal; ao deficiente, arts. 203, IV, e 204, I; à saúde, arts. 196, 197 e 200, V; o desenvolvimento do ensino, arts. 205, 213 e 214 e o desporto, art. 217), esclarecendo que dentre estes não se incluem os

serviços genéricos de consultoria organizacional” (Decisão 030/2000, Ata 02/2000 – Plenário, transcrita na Decisão 1646/2002 – Plenário).

É exemplar o raciocínio empreendido pelo Voto condutor da referida Decisão:

“Logo, desenvolvimento institucional não pode significar, simplesmente, ao menos no contexto do inciso XIII, melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas. Os autores citados, em que pese às variações de abrangência admitidas, associam a expressão a alguma forma de ação social que tenha sido constitucionalmente especificada como de interesse do Estado. Nesse sentido, seriam entidades dedicadas ao desenvolvimento institucional, por exemplo, aquelas voltadas para a proteção à infância (arts. 203, I, e 204, I, da C.F.), ao deficiente (arts. 203, IV, e 204, I), à saúde (arts. 196, 197 e 200, V), para o desenvolvimento do ensino (arts. 205, 213 e 214), para o desporto (art. 217), entre outras. Nesse rol, entrariam as APAEs, as Sociedades Pestalozzi, a CNEC, a Associação das Pioneiras Sociais, as associações esportivas, etc.”

De fato, uma forma inconteste de aferir a institucionalização de valores sociais é a sua presença no texto da norma fundamental – quer como normas dispositivas quer como normas simplesmente programáticas – que representa as máximas aspirações da coletividade e, por conseguinte, do próprio ordenamento jurídico. Ao repassar o conceito jurídico-constitucional de norma programática, encontramos a confirmação inequívoca de que conformam no ordenamento jurídico as instituições desenvolvidas e acolhidas pela sociedade:

“[...] a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

(1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional);

(2) Como directivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);

(3) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam” (CANOTILHO [200-?] apud BASTOS, 1996, p. 122-123).

Poder-se-ia especular sobre eventuais “instituições” não contempladas no texto constitucional, na medida em que a teoria contempla instituições “informais”. No entanto, admiti-las como critérios validadores do enquadramento no critério de “desenvolvimento institucional” é temerário. Primeiro, porque ao falar de licitação está-se no âmbito da atividade administrativa do Estado, regida pelo princípio da legalidade estrita (e eventuais instituições “extraconstitucionais” não teriam amparo em qualquer norma jurídica). Além disso, uma razão pragmática: está patente o risco de que, sem uma enumeração taxativa, o dispositivo siga sendo desvirtuado mediante sofismas os mais variados para contemplar qualquer atividade de interesse do agente público contratante. Tal risco, a nosso ver, não é admissível, pelas razões prudenciais também já elencadas pelo citado Voto relativo à Decisão 030/2000:

“Já foi registrado, no entanto, que uma interpretação larga da Lei, nesse ponto, conduziria, necessariamente, à inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que os valores fundamentais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, expressamente salvaguardados pela Constituição, estariam sendo, por força de norma de hierarquia inferior, relegados.”

Por fim, o poder regulamentar da Administração conformou-se aos princípios já estabelecidos nas deliberações examinadas,

aperfeiçoando-as com regra procedimental importante. Estabelece o Decreto 5.025/2004 (art. 1, § 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”.

Mantido assim, o conteúdo incremental do desenvolvimento institucional, vinculado às suas finalidades, à melhoria do cumprimento da missão (o que, a nosso ver, não contraria nem substitui nenhuma das deliberações do TCU que mencionamos – ao contrário, reitera-as). Nesse sentido, a abertura para a contratação de obras e outros projetos “de natureza infra-estrutural”, que tanta celeuma tem causado, não acarreta qualquer irregularidade: se a contratação de um serviço qualquer pode ser instrumento para melhoria da eficiência, nada impede que o seja também a realização de uma obra importante para o planejamento físico da instituição.

Mas o Decreto acrescenta uma importantíssima regra de competência: a instância competente para decidir sobre a inclusão *de cada um dos* “programas, ações, projetos e atividades” é o órgão de direção superior da instituição. Dessa forma, não cabe a qualquer agente da administração declarar o enquadramento de um contrato como “de desenvolvimento institucional”, mas sim – e em caráter privativo – ao colegiado superior de cada instituição. Aliás, nada mais justo, dado que é esse colegiado superior à instância que delibera sobre os rumos estratégicos de toda a organização universitária ou científica, e ninguém melhor que ele para conhecer das melhorias de eficiência e eficácia que pretenda a instituição. Daí decor-

re uma condição de validade de contratação bem precisa e verificável – a aprovação de cada projeto contratado pelo órgão deliberativo superior da contratante.

Em síntese final, o atendimento às finalidades legais da hipótese de dispensa da Lei 8.958/94, quando o objeto do contrato é o “desenvolvimento institucional”, estará atendido tão somente se observados os critérios e limites já fixados nos sucessivos pronunciamentos do TCU sobre a matéria, nomeadamente as Decisões 655/2002, 777/2000 e 030/2000 (compiladas na Decisão 1646/2002), aplicados e interpretados com caráter sistemático, em conjunto e simultaneamente com o art. 1, § 3º, do Decreto 5.025/2004.

2.5. *Situações particulares*

Não obstante os critérios gerais já estabelecidos, a multiplicidade de situações que o relacionamento universidade-fundação envolve traz à tona inúmeras dúvidas e incertezas referentes a situações particulares. Cada uma dessas situações tem de ser avaliada necessariamente caso a caso, sempre utilizando os critérios comuns acima levantados.

Alguns casos já foram previamente examinados e impugnados, a maioria listada na Decisão 1.646/2002 – Plenário (item 8.4.5.2.5)³³. O primeiro é o do gerenciamento de serviços hospitalares e de saúde pelas fundações. Significa a assunção, pelas fundações, da arrecadação das receitas de SUS e convênios, dos procedimentos administrativos e financeiros de execução da despesa e, em alguns casos, da própria gestão administrativa e patrimonial dos hospitais e unidades de saúde universitários diretamente pelas fundações. Parece à primeira vista absurdo, mas foi um movimento experimentado por várias universidades em maior ou menor grau.³⁴ Qualquer fundação pode, pela Lei 8.958/94, assumir a execução de serviços específicos contratados, sempre sob a direção da universidade contratante. Em nenhuma hipótese qualquer gestão ou po-

der de mando sobre a atividade finalística de qualquer das unidades universitárias. Importante ressaltar que, no âmbito federal, a autoridade nacional do SUS não mais aceita repassar os valores da remuneração de serviços prestados pelos hospitais universitários às fundações, e existem experiências exitosas (ao menos do ponto de vista da universidade) de reassunção integral da administração de hospitais pela instituição pública (a exemplo da Universidade Federal de Juiz de Fora).

Outro caso, infelizmente corriqueiro, é a simples aquisição de bens ou contratação de serviços de terceiros por intermédio da Fundação, sem qualquer projeto específico. São os famosos contratos de “apoio logístico” ou equivalente, pelos quais a universidade simplesmente requisita à fundação algum tipo de compra, passando-lhe os recursos (após a compra ser feita ou, mais frequentemente, antes). Trata-se de simples burla à licitação, que examinaremos em maior detalhe adiante.

Outro problema freqüente é a contratação indireta de pessoal pelas fundações. Intencionalmente ou não, a constatação tautológica de que a prestação pelas fundações dos serviços contratados exige a contratação de pessoal próprio tem sido confundida com uma permissão generalizada para contratar pessoal para a universidade.

E como diferenciar os dois conceitos? Quando estamos diante de uma terceirização legítima de um serviço contratado, e quando se trata de uma contratação indireta. Novamente, para essa diferenciação, temos que recorrer à interpretação sistemática das normas: para a contratação de quaisquer serviços terceirizados, inclusive com fundações, aplicam-se as normas desta espécie de contratação, a saber, o Decreto 2.271/97 e IN-MARE 18/97.

Essas normas caracterizam claramente a contratação indireta, como a “caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra”, a “previsão de reembolso de salários pela contratante” e a “subordi-

nação dos empregados da contratada à administração da contratante” (incisos do art. 4º do Decreto 2.271/97). Ou seja, a simples contratação de profissionais (seja qual for o seu perfil) e sua colocação à disposição da instituição contratante é intermediação irregular de mão-de-obra, configurando inclusive burla ao princípio do concurso público constante do art. 37, inc. II, da Constituição.

Na terceirização regular, portanto, o conteúdo do serviço prestado pela totalidade dos empregados da contratada é descrito em contrato, sem qualquer possibilidade de pessoalidade (indicação nominal dos profissionais a contratar)³⁵ e subordinação direta dos empregados da contratada à contratante (daí, inclusive, a necessária indicação contratual do preposto da contratada, que será o interlocutor da contratante e responsável por todas as decisões quanto ao trabalho de seus funcionários)³⁶. Em suma, trata-se de contratos em que todas as disposições do o Decreto 2271/97 e IN-MARE 18/97 devem ser observadas, servido estes como padrão de referência para a regularidade da contratação.

A única exceção possível aberta pela Lei 8.958/94 à vigência plena desses normativos é a proibição de contratação de serviços exercidos por categorias funcionais constantes do plano de cargos da entidade contratante: na medida em que se contratam, por expressa permissão dos arts. 1º e 4º da mencionada Lei, serviços vinculados a ensino ou pesquisa, por exemplo, decorre que coincidirá a natureza do trabalho do servidor da universidade e do empregado da contratada (afinal, estão desenvolvendo atividades de natureza finalística da universidade).

A este ponto, naturalmente se vai lembrar da situação dos hospitais universitários em geral. Essas unidades passaram, ao longo dos anos 90, à condição de estruturas fundamentais do atendimento do SUS, tendo sua demanda multiplicada muitas vezes sem que o quadro de pessoal efetivo ti-

vesse aumento minimamente proporcional a essa elevação brutal do volume de atendimento (em alguns casos, durante a década inteira, não sofreu qualquer aumento). Para atender a esta demanda multiplicada, as universidades passaram a utilizar os pagamentos do SUS pela prestação de serviços para contratar nas Fundações pessoal de saúde e técnico-administrativo. Tais contratos são ostensivamente situações de contratação indireta de pessoal. O TCU veio a identificar esse quadro gravíssimo quando já se encontrava constituído, e a sua reversão implicaria a demissão da maior parte dos profissionais dos hospitais e a conseqüente interrupção de parcela significativa dos serviços. Em razão dessa situação de excepcionalidade, e unicamente para não agravar o já calamitoso quadro da saúde pública no País, o Tribunal (após sucessivas idas e vindas no trato do assunto) vem permitindo a manutenção desses contratos enquanto não criadas e providas as vagas respectivas no quadro dos hospitais³⁷. No entanto, é preciso não esquecer que essas exceções abertas aos HUs são “deliberações individuais, de natureza limitada aos casos concretos em que foram proferidas e em nenhum caso passíveis de extensão ou analogia”³⁸.

Outros casos individuais de contratação têm também suscitado polêmica. Um deles é a possibilidade de contratação, com base no art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93, de serviços de organização de concursos públicos. A jurisprudência do TCU é contraditória a respeito; Jacoy Fernandes (2000, p. 418-422) historia toda a controvérsia sobre o assunto, sustentando a possibilidade dessa contratação. Compartilhamos de seu entendimento, especialmente pela taxatividade da Decisão 470/93 – Plenário que colaciona.

A outra questão, suscitada pela experiência da contratação de fundações, é a possibilidade jurídica da realização de cursos pagos pelas instituições federais de ensino superior diante do princípio constitucional do ensino público gratuito. Essa prá-

tica tem recebido questionamentos de várias ordens, inclusive judiciais³⁹. A abordagem do TCU sobre a matéria, a nosso ver, é excessivamente permissiva, permitindo a cobrança de taxas e mensalidades em atividades de extensão e pesquisa (Acórdão 966/2003 – Primeira Câmara; Decisão 321/2000 – Plenário), não precisando quais das modalidades da atuação universitária estariam envolvidas nesse conceito genérico de “extensão e pesquisa”. O Conselho Nacional de Educação, consultado a respeito, preferiu orientação mais precisa: considera inadmissível a cobrança de taxas para os cursos de Mestrado Profissionalizante definidos na Portaria CAPES 080/98, art. 2º (Parecer CNE/CES 2003-0081, DOU 23.06.2003), autorizando no entanto a cobrança de taxas nos cursos de pós-graduação *lato sensu* (Parecer CNE/CES 2003-0364 DOU 18.11.2002).

Assim, temos um direcionamento normativo claramente definido: são admitidas cobranças de taxas para os cursos de extensão (TCU – Acórdão 966/2003 – Primeira Câmara; Decisão 321/2000 – Plenário) e para os de pós-graduação *lato sensu* (Parecer CNE/CES 2003-0364 DOU 18.11.2002), e obrigatória a gratuidade para a pós-graduação *strictu sensu*, mesmo sob a forma de Mestrado Profissionalizante (Parecer CNE/CES 2003-0081, DOU 23.06.2003). Não estamos aqui endossando o mérito dessas decisões à luz dos conceitos sociais do direito à educação, mas reconhecendo que, nos termos do princípio da legalidade, o administrador universitário tem demarcado esse campo de possibilidades para decidir da cobrança ou não desse tipo de encargo.

3. Problemas de implementação

Mesmo quando a contratação é válida nos termos da Lei 8.958/94, muitas universidades ainda se deparam com problemas de execução desses contratos, alguns deles gravíssimos e que poderiam todos ser evita-

dos se maior atenção fosse prestada à sempre repetida aplicação sistemática de todas as normas jurídicas⁴⁰. Da multiplicidade desses problemas, que são recolhidos na maior extensão possível na compilação de jurisprudência que acompanha o presente texto, selecionamos os que nos pareceram mais relevantes para evidenciá-los e às suas soluções.

3.1. *Liquidação antecipada de despesas*

O primeiro caso é o simples repasse dos valores à fundação pela instituição contratante, a título de pagamento liquidado na forma legal. São exemplos desse erro não apenas contratos irregulares, mas outros que são de natureza aceitável, a exemplo dos contratos de “gestão de recursos” por projetos concedidos de agências financiadoras e pesquisa. Isso ocorre porque a liquidação da despesa é basicamente um mecanismo de garantia para o Erário do cumprimento da obrigação do contratado. É a contrapartida do pagamento, e deve ocorrer *antes do desembolso*. A liquidação é, em sua essência, a atestação por um agente da administração de que o serviço do contratado já foi prestado (art. 63 da Lei 4.320/64, arts. 36, 38 e 42 do Decreto 93.872/86)⁴¹. E, nos casos que examinamos, o serviço ainda não foi prestado.

Quando o ordenador de despesa ou outro agente realiza a liquidação, a responsabilidade pelos recursos não está mais com o contratado, mas passa exatamente para aquele que atestou a prestação de serviços. Se o “repasso de recursos” à fundação é feito mediante liquidação normal, a fundação está formalmente quite com os recursos *no momento em que os recebe*.

Ora, dirão, existem casos (a maioria) em que não se justifica qualquer repasse adiantado: cabe à fundação, como qualquer outra empresa contratada, prestar o serviço às suas expensas e, após comprovada a sua prestação, receber o dinheiro correspondente. Mas e nos casos em que o cumprimento do contrato pressupõe validamente um adiantamento de recursos (como no exemplo já

citado de gestão de recursos recebidos de agências de fomento)⁴²?

Nenhum problema. Existe a expressa previsão legal de que a administração deve discriminar em cláusula contratual a parcela a ser adiantada e a forma de comprovação da sua execução (art. 40, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 e art. 38 do Decreto nº 93.872/86), bem como as garantias exigidas à entidade contratada (art. 38 do Decreto nº 93.872/86 e art. 56, *caput* e parágrafos, da Lei nº 8.666/93), conforme já orientado na Decisão TCU 1646/2002 – Plenário.

Deve ficar claro que esse adiantamento é uma *excepcionalidade*, sua necessidade deve ficar demonstrada no processo de contratação à vista das necessidades de cada serviço específico contratado (naturalmente, para modalidades de contratação uniformes como gestão de recursos de projetos de pesquisa, nada impede que seja utilizado um texto padrão uniforme para a justificativa).⁴³

Precisamos alertar também que um adiantamento válido *não* abrange o simples repasse às fundações dos recursos recebidos ao final do exercício sem tempo hábil para processar a despesa (expediente infelizmente comum no “jogo de gato e rato” da gestão fiscal voltada à geração de superávits a qualquer custo, deturpação tresloucada do comportamento clássico do modelo ‘*guardian/spender*’) – por mais razoáveis que sejam as objeções das entidades universitárias a essa prática, sua superação deve ocorrer de outra forma (inclusive para que se alcancem padrões mais racionais de gestão financeira pública – assunto já abordado expressamente no Acórdão 1.626/2003 – Relação 37/2003 – 1ª Câmara e no Acórdão 1.810/2003 – Plenário). Não se pode deixar de denunciar essa prática em que dois erros são cumulados: um do órgão central orçamentário e financeiro, ao descentralizar créditos orçamentários nos últimos dias do exercício, o que impede na prática o empenho dos mesmos (uma vez que a abertura dos processos licitatórios correspondentes exige a disponibilidade do crédito) e implica

forçosamente a não-execução dessa parcela do orçamento; o outro, da universidade, ao tentar resolver o impasse (inadmissível, aliás) gerado pela intempestividade da descentralização com a da utilização desse mecanismo de caixa paralelo.

Dirão ainda: mas existe possibilidade física de se registrar essa condição e refleti-la contabilmente, dada a automação quase completa do processo de liquidação e pagamento do governo federal⁴⁴? Sim, existe. O SIAFI dispõe de várias transações no módulo CPR (a exemplo das situações P80, P88, O79, P28, P07) que registram exatamente os adiantamentos contratuais e sua liquidação tempestiva. Não se trata de soluções perfeitas: faltam transações no SIAFI para registrar algumas modalidades (ex: adiantamento para construção de obras), e o sistema SIASG não tem ainda transações para tratar adiantamentos em seus módulos de execução automática de contratos⁴⁵. Porém, somente com a exigência dos órgãos executores das despesas por novas transações adequadas à sua realidade os gestores dos sistemas poderão adequá-los às necessidades da administração, além do que a ausência de contabilização automática não impede a formalização da condição de adiantamento nos documentos do processo de pagamento.

3.2. Pagamento mediante “taxa de administração”

O segundo caso é a malfadada “taxa de administração”, ou a previsão de remuneração da Fundação mediante um percentual sobre as despesas que realizar na execução do contrato ou sobre as receitas arrecadadas de terceiros a este título. Esse tipo de pagamento encontra vedação legal expressa: para convênios nos termos do art. 116 da Lei 8.666/93, esbarra no art. 8º, inc. I, da IN/SFC 01/97. Para contratos comuns, caracteriza inequivocamente a figura da “Administração Contratada”, ou seja, a cobertura das despesas incorridas pelo contratado mais uma comissão contratualmente as-

segurada⁴⁶. Ocorre, no entanto, que essa modalidade de execução *não está prevista* na Lei 8.666/93 (art. 6º). Ainda que se considere, *ad argumentandum*, que o rol desse artigo não seja exaustivo, tem-se que essa modalidade de execução foi *vetada*, por duas vezes, quando da promulgação das Leis 8.666/93 e 8.883/93, merecendo inclusive parecer contrário do Tribunal quando da apreciação pela Corte de anteprojeto da atual Lei de Licitações (MOTA, 1997, p. 97; JUSTEN FILHO, 1995, p. 53-54). Configura-se-nos portanto irregular a utilização da referida modalidade, com ou sem previsão em contrato.

Mas o pior dessa prática é a sua antieconomicidade manifesta. Incidindo sobre o faturamento ou a despesa total, essa “taxa” não tem correlação com os custos da Fundação (os custos do serviço administrativo ou de gestão prestados). Logo, a suposta vantagem econômica – de eficiência, custos menores, etc. – em relação à execução direta pela IFES torna-se uma alegação totalmente arbitrária. Ao contrário, o mecanismo de “administração contratada” inverte a estrutura de incentivos em desfavor da Administração, pois torna interessante para o contratado que os custos para o contratante sejam os maiores possíveis (pois assim o valor de sua remuneração também será o maior possível). Nesse regime, quanto maior o custo para a universidade, maior será a remuneração da Fundação!

A antieconomicidade da taxa de administração manifesta-se mesmo que ela incida sobre um valor fixo não modificável pelo contratado (p. ex., os recursos recebidos para gestão e posterior prestação de contas). Por essa prática, os preços dos serviços deixam de guardar proporcionalidade com os custos respectivos, o que não beneficia evidentemente a administração contratante e não traz, igualmente, vantagens econômicas ao contratado que cheguem a reduzir-lhe os custos e portanto beneficiar indiretamente a administração. É evidente que, se as Fundações prestam algum serviço com sua atu-

ação⁴⁷, esse serviço pode ser especificado, mensurado e ter seu custo incluído explicitamente como cláusula contratual ou item de despesa do ajuste ao qual atende, como de fato o será, com total conhecimento por parte de eventuais órgãos financiadores⁴⁸. De fato, esse mecanismo consta explicitamente das motivações originais da proposição legislativa da Lei 8.958/94: “As despesas operacionais das Fundações de Apoio são cobertas pela remuneração dos serviços de gerenciamento de cada projeto, cujos recursos são previstos nos respectivos orçamentos financeiros para a sua execução” (BRASIL, 1994a). Em outras palavras, é claro que a Fundação deve ser remunerada, mas com base em um dos regimes da Lei 8.666/93: preço fixo (*empreitada por preço global*) ou preço por unidade de serviço prestado (*empreitada por preço unitário*)⁴⁹.

A esse respeito, o TCU reiteradas vezes tem-se pronunciado contra essa prática nos contratos entre Universidades e Fundações⁶⁸, tendo cristalizado sua jurisprudência em que a remuneração da Fundação deve ser fixada “*com base em critérios claramente definidos e nos seus custos operacionais*”.

3.3. Não-recolhimento de receitas – “caixa dois”

Outro problema gravíssimo na execução de contratos é a ausência do recolhimento à conta única da remuneração devida à universidade pelo uso de seus recursos ou de outras receitas próprias da instituição. O art. 6º da Lei 8.958 prevê que a utilização dos recursos da Universidade pelos projetos contratados seja remunerada. Essa remuneração é receita pública originária (receita patrimonial ou receita de prestação de serviços, conforme o caso). Como receita pública, está sujeita ao princípio de unidade de tesouraria, e deve toda ela ser recolhida e movimentada na conta única do Tesouro por meio do SIAFI (art. 164, § 3º, da Constituição Federal; arts. 56, 57 e 60 a 63 da Lei nº 4.320/64; art. 2º do Decreto nº 93.872/86),

vedada a “fragmentação para criação de caixas especiais” (Acórdão 479/94 – 1ª Câmara).

No entanto, tem-se verificado historicamente a ocorrência de inúmeras fraudes a esse mecanismo, quando a remuneração ou ressarcimento à Universidade pelo uso de seus recursos não era recolhida à conta única, permanecendo em contas de titularidade da fundação (ainda que movimentadas por servidores das universidades).⁵¹ Mecanismo mais sofisticado representa a atribuição à fundação do papel de simples arrecadadora de receitas de várias naturezas (completamente desvinculadas de qualquer projeto regularmente formulado nos termos já discutidos aqui), mantendo os referidos recursos em poder da fundação à disposição da universidade⁵².

Além da ilegalidade flagrante, é quase desnecessário apontar os riscos de controle que essa prática impõe: os recursos subtraídos à conta única ficam ocultos ao escrutínio do controle e do próprio gestor, na medida em que não ingressam no patrimônio público e ficam sob a titularidade formal (e acesso material) de um terceiro de natureza privada (a fundação). Em casos como esse, é perfeitamente possível que o reitor de uma universidade (aquele que responde pelas contas da instituição) e seus órgãos superiores não saibam quanto foi a receita arrecadada por alguma unidade ou departamento, ou não tenham como verificá-la de forma independente, bastando que a fundação envolvida não permita o acesso direto aos extratos bancários dessas contas⁵³. Além disso, a movimentação sem todos os controles e trilhas de auditoria impostos pelo SIAFI implica muito maiores vulnerabilidades à fraude, sem contar na virtual impossibilidade de implantar controles internos e conciliações, visto que não transitam tais recursos pela contabilidade da universidade. Enfim, das práticas aqui relacionadas, essa provavelmente é a mais danosa à administração pública, e a mais proclive a abusos e fraudes de toda natureza. A esse respeito,

endossamos integralmente a corajosa síntese feita pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa em seu Voto condutor do Acórdão 407/94 – Plenário:

“A terceirização desses serviços, além de contrariar o Decreto 2.271, de 07/07/1997, conforme trecho da instrução transcrito, infringe também o princípio da unidade de caixa estabelecido no art. 1º do Decreto 93.872/86, em consonância com o art. 56 da Lei 4.320/64 e art. 74 do Decreto-Lei 200/67, pois não há registro na contabilidade pública do ingresso dos recursos arrecadados, ficando a cargo da fundação a administração em conta bancária própria. Apesar da alegada sujeição da gestão dos recursos à ampla fiscalização, isso consiste num verdadeiro ‘caixa dois’.

3.4. Ausência de licitação na execução pelas fundações

Outra irregularidade observada com frequência pelo controle é a ausência de licitação na execução pelas fundações dos contratos celebrados com base na Lei 8.958/94⁵⁴. Nesse ponto, não há muito o que estender: o art. 3º, inc. I, dessa lei prevê expressamente que as Fundações devem obedecer à legislação sobre licitações e contratos quando da execução dos contratos nela baseados. Então, sendo uma disposição literal e clara, não há muito que interpretar ou elaborar: a observância da legislação de licitações (em particular a Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/2002, que trata do pregão).

As fundações têm perfeitas condições de realizar as licitações, como tantas outras entidades de direito privado que estão sujeitas a essa obrigatoriedade (a exemplo das empresas estatais). Aliás, uma das alegadas razões para a contratação de fundações é a sua capacidade administrativa, que seria altamente questionável caso a entidade não pudesse sequer proceder a um processo licitatório sem prejuízo da eficiência na exe-

cução do contrato. Essa possibilidade plena de licitar é demonstrada pela experiência da Universidade Federal de Minas Gerais, cuja maior fundação de apoio, após determinação do TCU, passou a observar integralmente a legislação de licitações, conduzindo regularmente centenas de processos licitatórios por ano⁵⁵. A maioria das fundações, acreditamos, vem licitando normalmente, sem problema algum. Aliás, não há nada que impeça que as próprias universidades executem os procedimentos da licitação relativos a determinados contratos, se isso for de seu interesse.

4. Esboço de uma tipologia dos contratos

“[...] a palavra, a palavra, e todas as coisas deste mundo, as nomeadas e as não nomeadas, as conhecidas e as secretas, as visíveis e as invisíveis, como um bando de aves que se cansasse de voar e descesse das nuvens, foram pousando pouco a pouco nos seus lugares, preenchendo as ausências e reordenando os sentidos.” (SARAMAGO, 2000, p. 127).

Após o exame individualizado dos critérios de validade e da casuística de execução dos contratos, tentaremos um salto maior de abstração. Tentaremos desenvolver uma tipologia dos contratos comuns, salientando suas principais características e a lógica de seu desenho (tanto aqueles corretamente celebrados quanto aqueles que apresentam natureza ilegal ou irregular).

O objetivo deste esforço é destacar ao agente que se debruça sobre um contrato (quer para avaliá-lo sob o ponto de vista do controle, quer para projetar a sua utilização como administrador) os traços mais importantes que pode assumir. Como toda tipologia, tem finalidades didáticas (sublinhando as principais diferenciações entre contratos) e analíticas (destaca os elementos mais críticos sob a perspectiva que se quer

tratar, ou seja, a regularidade da contratação à vista dos preceitos da legislação administrativa)⁵⁶.

4.1. *Regulares*

O primeiro tipo é o que poderíamos chamar de “contrato-padrão”. A fundação, nesse modelo, é contratada para um serviço específico, bem caracterizado em suas etapas, prazos, insumos e produtos, vinculado a um projeto específico cujos resultados são claramente especificados em termos concretos, mensurados, e representam resultados diretos e finalísticos nos âmbitos de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional (com toda a atenção aos requisitos já discutidos na seção 2.4 deste texto para a caracterização do “desenvolvimento institucional”).

A fundação executa diretamente, com sua própria estrutura gerencial e de pessoal, os serviços objeto do contrato. Tais serviços são rigorosamente definidos em projeto básico constante do projeto de licitação, e a fundação comprova, com base em experiência anterior em serviço equivalente, a capacidade de desenvolver o serviço por conta própria. O uso de recursos materiais e pessoal da universidade, quando houver, é ressarcido e respeita as vedações e o caráter esporádico previstos no art. 6º da Lei 8.958/94. Existem critérios claros para remuneração dos serviços da fundação, e esses critérios são diretamente correlacionados com o volume do trabalho efetivamente prestado por essa entidade.

Alguns exemplos são possíveis de serem levantados: a execução dos serviços de secretaria administrativa de um curso de extensão realizado por docentes da Universidade dentro de um plano de trabalho aprovado pelo colegiado acadêmico correspondente; a execução de serviços de gestão e assessoramento comercial no repasse ao setor produtivo de uma tecnologia desenvolvida por uma unidade universitária (registro de patentes, negociação de *royalties*, promoção comercial).

4.2. *Irregulares (mas infelizmente comuns)*

Nem todos os contratos, infelizmente, encaixam-se no primeiro tipo. Várias distorções profundas, já analisadas individualmente neste trabalho, podem afetar a contratação de uma fundação.

a) *Fundação como “laranja”*

Neste modelo, independentemente do título pelo qual a fundação é contratada, o serviço prestado pela fundação limita-se a contratar um terceiro para execução de algum serviço, obra ou fornecimento de interesse da universidade. Ou seja, é um terceiro que executa a prestação à universidade, mas esse terceiro não é contratado diretamente pela universidade por regular processo licitatório, mas pela fundação. Os pagamentos são feitos pela universidade à fundação, ao amparo de contrato celebrado entre as duas (celebrado com dispensa de licitação, ressalte-se), e a fundação limita-se a receber esses pagamentos e repassá-los ao contratado final (cobrando ou não algum valor para isso).

Trata-se de mera fraude à obrigatoriedade de licitação, além de subcontratação não permitida pela lei. O exemplo clássico desse modelo é a contratação indireta, por meio de fundações, de cooperativas de trabalho para intermediação de mão-de-obra.

b) *Fundação como mera compradora (caixa dois de despesas)*⁵⁷

Neste modelo, também independentemente do título pelo qual a fundação é contratada, o serviço que presta é simplesmente executar compras de bens ou serviços variados, em função de demandas inespecíficas que surjam da universidade. A universidade demanda o bem ou serviço, muitas vezes transfere os recursos para a fundação antes da sua aquisição (embora a irregularidade persista mesmo se a liquidação não for antecipada), a fundação adquire o solicitado e entrega para a universidade, recebendo o pagamento correspondente. Não

existe qualquer especificação de projeto atendendo os requisitos da Lei 8.958/94, como aqui expusemos.

As razões alegadas para esse tipo de contrato são inúmeras: “agilidade” da fundação; fornecedores que não conseguem apresentar a comprovação de regularidade fiscal, não podendo portanto ser pagos diretamente pela universidade; receio de que os recursos da universidade para compras de valor elevado sejam de alguma forma bloqueados pelos órgãos centrais de orçamento e finanças durante o processo licitatório regular. Nenhuma dessas alegações é evidentemente aceitável, e cada uma delas apenas põe em evidência um risco adicional de controle ou uma irregularidade adicional. São exemplos desse tipo de contrato aqueles designados de “apoio logístico” ou “apoio administrativo”, que podem ser desenhados inclusive para ser executados individualmente por cada unidade da universidade. Também se encaixam nesse modelo os repasses às fundações das suplementações orçamentárias recebidas pelas universidades ao final do exercício para atender a despesas correntes, sem tempo hábil para proceder à sua regular execução.

Descumprem-se aí as exigências legais para que a fundação possa ser contratada com dispensa de licitação, bem como a vedação de terceirização dos serviços administrativos permanentes (tais como o de compras e execução financeira) e também, previsivelmente, o princípio da licitação e seus corolários na execução das compras pelo ente privado.

c) Fundação como simples manipuladora de receitas (caixa dois de receita)

De todos os modelos deturpados, este é talvez o mais insidioso. Aqui, a fundação simplesmente recebe o encargo de arrecadar diretamente as receitas auferidas pela prestação de serviços da universidade ou em função de suas receitas patrimoniais. Esses recursos são então incorporados a contas bancárias da fundação (na prática, in-

gressam no seu patrimônio, ainda na improvável hipótese de que a fundação os mantenha segregados contabilmente), e movimentados por esta segundo disposições da universidade

Em que pesem variados eufemismos de triste notoriedade (“receitas não contabilizadas”, “recursos movimentados em desacordo com o princípio de unidade de tesouraria”), não há como inventar conceitos: é a pura e simples formação de caixa dois (ou três, ou quatro ...) com recursos públicos, o descumprimento do princípio de unidade de tesouraria, com os riscos de fraude e controle que já mostramos acima. Já foram verificados casos da espécie, por exemplo, sobre a receita de prestação de serviços de hospitais universitários a beneficiários de convênios médicos (não-SUS) e sobre a receita oriunda de estacionamento em terreno de propriedade da universidade.

d) Fundação como gestora financeira integral (caixa dois global)

Este modelo é o mais completo exemplo de terceirização da atividade universitária para as fundações. Uma combinação dos modelos “b” e “c”, representa a assunção pela fundação de todos (ou da maior parte) dos pagamentos e recebimentos de uma unidade universitária que tem operações significativas de prestação remunerada de serviços a terceiros. Assim, todo o conteúdo econômico da operação da unidade pública passa a transitar não mais pelo orçamento público, mas pela fundação.

Essa terceirização pode ou não ser cumulada com a terceirização também da gestão, na qual atos administrativos relacionados a gestão patrimonial, alocação de pessoal, compras, passam a ser executados por empregados da fundação, que assume assim poderes de mando dentro da universidade.

Esse cenário aparentemente inconcebível foi, infelizmente, constatado pelo controle em alguns hospitais universitários. Também nesse caso, não há “projeto” mini-

mamente imaginável para fundamentar a contratação, somando-se às irregularidades dos dois modelos anteriores. Ocorre também, no caso de terceirização de atos de gestão, situação de usurpação da função pública, com terceiros praticando atos da competência exclusiva da administração pública.

e) Fundação como intermediária de mão-de-obra

Este modelo é da utilização das fundações para a simples contratação de pessoal e sua disponibilização à universidade na forma da contratação indireta, como visto acima. O papel da fundação é simplesmente o de contratar pessoal que, de outra forma, não poderia ser contratado pela universidade, recebendo esta os salários correspondentes. Viola-se, assim, além da dispensa irregular de licitação, o princípio do concurso público para contratação de pessoal a qualquer título, uma vez que o pessoal envolvido no contrato não presta serviços à fundação, mas direta e pessoalmente à entidade pública. Tornamos a insistir que as circunstâncias que conduziram o Tribunal de Contas da União a admitir a persistência desse tipo de contrato em alguns hospitais universitários (sem de forma alguma reconhecer-lhe a licitude) são irrepetíveis e excepcionais, tendo em vista um fato consumado que ocorreu durante vários anos sem ter sido detectado pelo controle. De maneira alguma pode servir como paradigma ou precedente para qualquer outra contratação similar, seja em que caso for.

Outra variante desse modelo é a utilização da fundação para pagamentos, formalmente a título de serviços de terceiros ou de bolsa, de complementações ou gratificações salariais a servidores públicos, pagamentos estes não contemplados na legislação de pessoal e que distorcem o já tremendamente elástico permissivo do art. 4º, § 1º, da Lei 8.958/94⁵⁸. Essa irregularidade coloca um difícil desafio para o controle, uma vez que, em sua vertente mais sofisticada, os pagamentos podem ser “disfarçados” com a menção

formal a projetos que representem simplesmente a prestação dos serviços inerentes ao cargo ocupado, sem qualquer das características de excepcionalidade e temporariedade previstas no mencionado dispositivo⁵⁹.

5. A modo de conclusão

“[...] um vasto afresco, onde cada segmento estruturado teria o valor de uma sugestão, de um convite para que o leitor continuasse pensando com sua própria cabeça (FURTADO, 1985, p. 204-205).

O tema das fundações de apoio na universidade é vasto demais para um único texto, mesmo com um viés inteiramente pragmático e aplicado como este. Procuramos abordar em grandes linhas os pontos principais suscitados por esse tipo de contratação, tratando-os analiticamente em maior profundidade e, em seguida, procurando agrupá-los em tipos comuns em função de suas características mais destacadas. Tentamos manter a mesma humildade de que nos fala Celso Furtado, reconhecendo que os temas estão apenas iniciados ou sugeridos (e alguns, como a questão dos pagamentos de gratificações a servidores, sequer puderam ser tratados).

Se algo pode permanecer, no entanto, é a advertência da “teoria da curvatura da vara”: os entes de colaboração privados associados à instituição universitária são uma realidade comum à experiência internacional, e representam significativo potencial de contribuição à missão da universidade. Caso porém sua utilização real venha a distorcer os princípios em que se assenta a própria universidade como instituição pública, corre-se o risco de ver rejeitada pela sociedade a totalidade desse instrumento, com o que perdem a comunidade universitária e a sociedade em geral os benefícios potenciais de uma cooperação tão necessária (como todos os demais esforços de cooperação) para que a educação e a ciência, gratuitas e de qualidade, possam enfim ser bens públicos no Brasil.

Anexo

Pela sua abrangência temática e seu caráter de compilação sistematizada da jurisprudência, transcrevemos aqui, como referência para as questões suscitadas no texto, a Decisão TCU 1646/2002 – Plenário:

Decisão 1646/2002 – Plenário

1. Processo: 007.805/2002-9

2. Classe de Assunto: Auditoria

3. Responsáveis: Francisco César de Sá Barreto, Reitor; Ana Lúcia Almeida

Gazzolla, Reitora; Henrique Oswaldo da Gama Torres, Diretor do Hospital das Clínicas; Ricardo Castanheira Pimenta Figueiredo, Diretor do Hospital das Clínicas; Marcos Borato Viana, Diretor da Faculdade de Medicina; e Geraldo Brasileiro Filho, Diretor da Faculdade de Medicina.

4. Entidade: Universidade Federal de Minas Gerais

5. Ministro Relator: VALMIR CAMPELO

7. Unidade Técnica: SECEX-MG – Secretaria de Controle Externo – MG

8. Decisão

O Tribunal de Contas da União, em Sessão do Plenário, em face das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 – Fixar à Universidade Federal de Minas Gerais, com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.443/92 combinado com o art. 195 do Regimento Interno do TCU, o prazo de 15 dias, a contar da notificação, para que adote as seguintes providências:

8.1.1 – rescinda os contratos especificados no Quadro imediatamente abaixo, bem como os demais que tenham por objeto material de sua execução a prática de atos de competência da Universidade, como a realização de licitações, compra de bens, pagamentos de diárias e a arrecadação de recursos provenientes de prestação de serviços a terceiros (salvo quando vinculados a projetos específicos, aprovados previamente pela UFMG nos termos das Resoluções internas que regem a matéria, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de

desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante, nos estritos termos do art. 1º da Lei nº 8.958/94, observada a orientação a esse respeito traçada pela jurisprudência do Tribunal), dado que os mencionados contratos violam a exigência licitatória (art. 2º da Lei nº 8.666/93, sem ocorrência da hipótese do art. 1º da Lei nº 8.958/94), quebram o princípio de unidade de tesouraria (arts. 56 e 65 da Lei nº 4.320/64 e do art. 1º do Decreto nº 93.872/86) e transferem à Fundação de Apoio atos de competência exclusiva da Universidade (Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário) (item 69 do relatório)

VIDE TABELA NO DOCUMENTO ORIGINAL

8.1.2 – rescinda o contrato 25/2002 (FUNDEP 4374) celebrado pelo Hospital das Clínicas, dado que o mesmo viola a exigência licitatória (art. 2º da Lei nº 8.666/93, sem ocorrência da hipótese do art. 1º da Lei nº 8.958/94), quebra o princípio de unidade de tesouraria (arts. 56 e 65 da Lei nº 4.320/64 e do art. 1º do Decreto nº 93.872/86) e transfere à Fundação de Apoio atos de competência exclusiva da Universidade (Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário) (item 73 do relatório);

8.1.3 – rescinda, caso tenha sido celebrado, qualquer contrato com Fundações de Apoio que tenha por objeto a exploração de receitas de estacionamento, a exemplo daquele de cuja celebração se cogita no processo administrativo 23072.015318/01-19 da Faculdade de Medicina, dado que um contrato de tais características viola a exigência licitatória (art. 2º da Lei nº 8.666/93, sem ocorrência da hipótese do art. 1º da Lei nº 8.958/94), quebra o princípio de unidade de tesouraria (arts. 56 e 65 da Lei nº 4.320/64 e do art. 1º do Decreto nº 93.872/86) e transfere à Fundação de Apoio atos de competência exclusiva da Universidade (Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário) (item 77 do relatório);

8.1.4 – obtenha o recolhimento dos saldos respectivos à conta única, enviando ao

Tribunal os documentos comprobatórios, conforme o art. 45 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 195 do Regimento Interno

8.2 – determinar à UFMG, com fulcro no art. 43 inciso I da Lei nº 8.443/92 combinado com o art. 194 inciso II do Regimento Interno do TCU, que no prazo de sessenta dias a contar da notificação, adote as providências seguintes:

8.2.1 – estabeleça, mediante portaria, a obrigatoriedade de adoção de procedimentos-padrão e minutas uniformes de contrato, em função da natureza do serviço contratado, quando da celebração descentralizada de contratos com Fundações de Apoio ao amparo da Lei nº 8.958/94 pelas unidades integrantes da estrutura da Universidade, no exercício de competências delegadas pelo titular da autarquia, em atendimento aos princípios do controle interno estabelecidos pela IN-SFC 01/2001, Cap. VII, seção VIII, itens 3-III- b´ e 3-V (item 16 do relatório);

8.2.2 – inclua no parecer da Auditoria Geral da UFMG sobre as contas anuais da UFMG, nos termos do art. 49 incisos II e IV da Lei nº 8.443/94, do art. 16 inciso VIII da INTCU 12/96 e do art. 15 § 5º do Decreto nº 3.591/2000, um exame amostral dos empenhos e pagamentos efetuados pelas unidades gestoras às Fundações de Apoio ao amparo da Lei nº 8.958/94, sob o ponto de vista da sua legalidade (tendo em consideração as orientações contidas na jurisprudência do TCU); (item 21 do relatório);

8.2.3 – inclua em seu processo de prestação de contas anuais uma listagem dos contratos celebrados com Fundações de Apoio com base na Lei nº 8.958/94 que tiveram vigência ao longo do exercício a que se referem as contas, especificando (item 24 do relatório):

8.2.3.1 – para todos os contratos:

I) número, data de assinatura e unidade gestora signatária do contrato

II) valor do contrato (estimado e executado no exercício), individualizando o valor exato da remuneração paga à Fundação a título de serviços administrativos ou de ges-

tão, o valor exato ou estimado de todos os demais pagamentos a serem feitos pela Universidade contratante à Fundação, a qualquer título, e o valor exato ou estimado das demais receitas geradas pelo contrato junto a terceiros e que sejam entregues pela Universidade à arrecadação direta pela Fundação para atender ao projeto a que serve o contrato;

III) descrição detalhada do objeto do contrato, incluindo resumo do projeto a que o contrato destina-se a atender;

IV) alocação de servidores da Universidade para a realização do objeto do contrato, incluindo relação dos servidores envolvidos, a carga horária efetivamente dedicada ao mesmo e a remuneração eventualmente auferida por tal participação;

V) data de início e fim da vigência do contrato;

8.2.3.2 – para todos os termos aditivos:

I) número, data de assinatura e unidade gestora signatária do contrato;

II) quaisquer das informações especificadas na alínea ´a´ anterior que tenha sido objeto de modificação pelo termo aditivo;

8.2.3.3 – especificamente para o contrato sem nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890) e naqueles que venham a amparar-se na excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-´c´ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), acrescente aos dados gerais previstos nas alíneas anteriores:

I) descrição detalhada de cada natureza de serviço pago através do contrato;

II) extrato da movimentação de recebimentos e pagamentos no exercício do contrato realizada através da Fundação de Apoio.

8.2.4 – ao celebrar todo e qualquer contrato com Fundações de Apoio:

8.2.4.1 – faça constar, em cláusula específica ou outro documento expressamente referido no contrato e constante do processo específico de licitação ou dispensa, a discriminação do objeto de modo preciso, com todos os seus elementos caracterizadores quantitativa e qualitativamente, em cláusula contratual, em conformidade com o

art. 55, inciso I, da Lei nº 8.666/93 (item 32 do relatório);

8.2.4.2 – apresente no processo específico de licitação ou dispensa, o projeto básico de todas as obras e serviços contratados, previamente à contratação, no grau de detalhe definido nos arts. 6º, inciso IX, e 7º da Lei nº 8.666/93, esclarecendo que:

I) nos processos de contratação de serviços, tal projeto básico inclua necessariamente a descrição detalhada do objeto a ser contratado, dos serviços a serem executados, sua frequência e periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina, gestão da qualidade, informações a serem prestadas e controles a serem adotados, nos termos do art. 1.1 da IN-MARE nº 18/97;

II) nos processos que envolvam a participação da Fundação no desenvolvimento de obras o projeto básico deverá ser observada a Resolução 361 de 10/12/1991 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (DOU 12/12/91);

III) não existe óbice a que o projeto básico a que se refere esta determinação esteja contido no próprio projeto de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional a que se refere o art. 1º da Lei nº 8.958/94 (item 32 do relatório);

8.2.4.3 – faça constar, em cláusula específica, o valor total do contrato e os demais elementos especificados no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (item 40 do relatório).

8.2.4.4 – apresente, de forma discriminada, na especificação do valor do contrato, os seguintes elementos que o compõem:

I) valor exato da remuneração a ser paga à Fundação a título de serviços administrativos ou de gestão;

II) valor exato ou estimado de todos os demais pagamentos a serem feitos pela Universidade contratante à Fundação, a qual quer título;

III) valor exato ou estimado das demais receitas geradas pelo contrato junto a tercei-

ros e que sejam entregues pela Universidade à arrecadação direta pela Fundação para atender ao projeto a que serve o contrato (item 40 do relatório).

8.2.4.5 – liste as hipóteses de rescisão do contrato estritamente de acordo com o rol apresentado no art. 79 da Lei nº 8.666/93, especialmente seu inciso II e § 2º (item 42 do relatório);

8.2.4.6 – inclua a cláusula obrigatória prevista no art. 55 inciso IX da Lei nº 8.666/93 estabelecendo os direitos da Universidade nos casos da rescisão previstos no art. 77 da mesma Lei nº (item 42 do relatório);

8.2.4.7 – faça constar cláusula que estabeleça o mecanismo a ser adotado para recolhimento à conta única da remuneração devida à UFMG nos termos do art. 6º da Lei nº 8.958/94 (item 44 do relatório);

8.2.5 – submeta todos os processos de contratação ao parecer do órgão de assistência jurídica previamente à sua assinatura, conforme o art. 38 parágrafo único da Lei nº 8.666/93 (item 36 do relatório);

8.2.6 – proceda, se ainda não o fez, o imediato recolhimento, à conta única da Universidade, do saldo de todos os recursos atualmente mantidos na FUNDEP a título de recursos devidos à instituição e às unidades acadêmicas como ressarcimento ou remuneração pela participação na prestação de serviços cuja arrecadação financeira esteja a cargo da FUNDEP, bem como dos saldos dos contratos de mesma natureza quando de seu encerramento ou rescisão (esclarecendo que a descentralização dos saldos financeiros para os limites de saque das UG's subordinadas à Universidade não é objeto de questionamento, podendo ser procedida centralizadamente pela Universidade ou diretamente através dos depósitos respectivos na conta única, na forma das instruções emitidas pela Secretaria do Tesouro Nacional para a espécie), dando cumprimento ao art. 164 § 3º da Constituição, dos arts. 56, 57 e 60 a 63 da Lei nº 4.320/64 e do art. 2º do Decreto nº 93.872/86 (item 46 do relatório);

8.2.7 – encaminhe ao Tribunal, no prazo de sessenta dias, os comprovantes do recolhimento de que trata a alínea anterior, incluindo os documentos de depósito bancário e os extratos analíticos de todas as contas mantidas na FUNDEP a este título (“convênios” ou “subprojetos” relativos ao recebimento e movimento de recursos de remuneração da Universidade ou “taxas da Resolução 10/95”, quer da administração central, quer das Unidades e Departamentos) (item 46 do relatório);

8.2.8 – providencie o recolhimento permanente à conta única da Universidade da entrada dos recursos em questão, na forma e periodicidade definida em cada contrato, ainda em atendimento ao art. 164 § 3º da Constituição, dos arts. 56, 57 e 60 a 63 da Lei nº 4.320/64 e do art. 2º do Decreto nº 93.872/86 (item 46 do relatório);

8.2.9 – inclua, nos processos de dispensa e inexistência de licitação, justificativa expressa do preço contratado, em atendimento ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, evidenciando o cumprimento da Decisão nº 321/2000 (Ata 14/2000 – Plenário, item 8.1.1.a) de fixação da remuneração da Fundação com base em critérios claramente definidos e nos seus custos operacionais (item 49 do relatório);

8.2.10 – complemente todos os processos referentes a contratos atualmente em vigor ou em processo de contratação junto a Fundações de Apoio de forma a que atendam ao disposto na determinação da alínea anterior (item 49 do relatório);

8.2.11 – abstenha-se de celebrar contratos com Fundações de Apoio que estabeleçam o procedimento de transferir à Fundação recursos para a prática de atos de competência da Universidade, como a realização de licitações, compra de bens e pagamentos de diárias, salvo quando vinculados a projetos específicos, aprovados previamente pela Universidade Federal de Minas Gerais nos termos das Resoluções internas que regem a matéria, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a

projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante, nos estritos termos do art. 1º da Lei nº 8.958/94, observada a orientação a esse respeito traçada pela jurisprudência do Tribunal (item 70 do relatório);

8.2.12 – abstenha-se de celebrar contratos com Fundações de Apoio que estabeleçam o procedimento de transferir à Fundação a arrecadação de recursos provenientes de prestação de serviços a terceiros, ressalvados aqueles diretamente vinculados ao custeio de projetos específicos nos estritos limites das despesas correspondentes a tais projetos, aprovados previamente pela Universidade Federal Minas Gerais nos termos das Resoluções internas que regem a matéria, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante, nos estritos termos do art. 1º da Lei nº 8.958/94, observada a orientação a esse respeito traçada pela jurisprudência do Tribunal (item 70 do relatório);

8.2.13 – abstenha-se de celebrar contratos com Fundações de Apoio que, em qualquer caso, estabeleçam mecanismos de “gestão de recursos” genéricos de unidades gestoras, análogos àqueles cuja ilegalidade aqui se aponta, destinados à captação de receitas de naturezas distintas e execução de despesas de caráter eventual ou rotineiro desvinculadas de projetos específicos (item 70 do relatório);

8.2.14 – abstenha-se de utilizar um contrato regularmente celebrado com Fundação de Apoio (vinculado a um projeto específico) para a arrecadação de receitas ou a execução de despesas não oriundas da execução do objeto contratado (item 70 do relatório);

8.2.15 – controle rigorosamente a arrecadação de receitas ou a execução de despesas das unidades gestoras por intermédio de Fundações de Apoio, com vistas a evitar o início ou prosseguimento da execução fi-

nanceira dessas atividades através da FUNDEP na inexistência de contrato formalizado nos termos da Lei nº 8.958/94 (item 70 do relatório);

8.2.16 – vincule estritamente o pagamento das bolsas a que se refere o art. 4º § 1º da Lei nº 8.958/94 à execução financeira do contrato que cobre o projeto específico ao qual os beneficiários dos pagamentos prestam serviços, evitando-se rigorosamente a situação em que um contrato arque com o custeio de quaisquer bolsistas que não estejam diretamente alocados às atividades do projeto que lhe dá origem (item 74 do relatório);

8.2.17 – abstenha-se de celebrar contrato com Fundações que tenha por objeto a exploração de receitas de estacionamento, a exemplo daquele de cuja celebração se cogita no processo administrativo 23072.015318/01-19 da Faculdade de Medicina (item 77 do relatório);

8.2.18 – em qualquer caso, interrompa imediatamente a operação dos serviços de manutenção e arrecadação de estacionamentos pela FUNDEP, em particular o estacionamento do Campus Saúde (número FUNDEP 1176), por falta de amparo legal, promovendo o imediato recolhimento do saldo dos contratos respectivos à conta única, enviando ao Tribunal os documentos comprobatórios, assumindo diretamente a execução do serviço e da arrecadação ou promovendo o competente processo licitatório para concessão da exploração a terceiros (item 77 do relatório);

8.2.19 – formule, nos termos definidos neste processo, um projeto específico para cada linha de serviços prestada pelo projeto de extensão do NUPAD (contrato 299/00 da Faculdade de Medicina) juntando-os ao processo de contratação correspondente (esclarecido que, dada a existência de atividades comuns de infra-estrutura para vários tipos de serviço, é possível a celebração de um contrato para o apoio a mais de um, sendo no entanto indispensável que os projetos indiquem individualmente as ativida-

des de extensão desempenhadas) (item 80 do relatório);

8.2.20 – retifique o erro material constante da cláusula quarta do autógrafo do contrato 299/00 (FUNDEP 2045) da Faculdade de Medicina, de forma a espelhar a totalidade das responsabilidades das partes contratantes (item 81 do relatório);

8.2.21 – elabore, em prazo de noventa dias, um planejamento do encerramento da operação através da FUNDEP sob o regime da Lei nº 8.958/94 das atividades do NUPAD que já tenham atingido o grau pleno de implantação, e da respectiva assunção pela Universidade como atividade de caráter permanente (uma vez que já não estão presentes os requisitos de prazo definido de um “projeto”, tal como definidos pelo art. 1º da Lei nº 8.958/94), devendo o planejamento contemplar as medidas necessárias à transferência das operações e os recursos necessários para que tal transferência seja materialmente possível (item 85 do relatório);

8.2.22 – junte aos processos de dispensa de licitação com base na Lei nº 8.958/94 uma descrição das experiências e qualificações da Fundação escolhida, para verificação do cumprimento em cada caso das Decisões 252/1999 (Ata 19/99 – Plenário) e 881/97 (Ata 47/97 – Plenário) (item 87 do relatório);

8.2.23 – junte aos processos de dispensa de licitação com base na Lei nº 8.958/94 que envolva a participação de Fundação de Apoio em serviços auxiliares a obras de construção civil uma descrição detalhada das experiências e qualificações da Fundação escolhida nessa área específica de atuação, para verificação do cumprimento em cada caso das Decisões 252/1999 (Ata 19/99 – Plenário) e 881/97 (Ata 47/97 – Plenário) (item 87 do relatório);

8.2.24 – restrinja a contratação de Fundações de Apoio para serviços auxiliares de obras de construção civil àquelas entidades que tenham entre seus objetivos estatutários a prestação de tais serviços em obras de interesse do desenvolvimento da Universidade (item 94 do relatório);

8.2.25 – abstenha-se de efetuar pagamentos ou transferências de recursos devidos por uma das suas unidades gestoras da Universidade a outra, através de fundação de apoio ou qualquer outro ente externo, por inteiramente antieconômicos, recorrendo para tanto ao recurso das Ordens Bancárias intra-SIAFI ou das transferências de recursos orçamentários e limites de saque (através de Notas de Crédito e Notas de Lançamento), mesmo quando a arrecadação da receita para a transação envolvida esteja regularmente atribuída pela UG recebedora à Fundação mediante projeto específico nos termos da Lei nº 8.958/94 (item 102 do relatório);

8.2.26 – ao celebrar contratos com base na Lei nº 8.958/94 cuja execução implique validamente no adiantamento de recursos para serem executados através das Fundações de Apoio, para posterior prestação de contas, discrimine em suas cláusulas a parcela a ser adiantada e a forma de comprovação da sua execução (art. 40 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 e art. 38 do Decreto nº 93.872/86), bem como as garantias exigidas à entidade contratada (art. 38 do Decreto nº 93.872/86 e art. 56, caput e parágrafos, da Lei nº 8.666/93), lembrando que por imposição dos dispositivos citados o mecanismo de adiantamento é uma excepcionalidade cuja necessidade deve ficar demonstrada no processo de contratação à vista das necessidades de cada serviço específico contratado (item 106 do relatório);

8.2.27 – determinar às Unidades Gestoras subordinadas que:

8.2.27.1 – junte a todos os processos de pagamento que não se enquadrem rigorosamente na hipótese de dispensa do art. 1.3.1 da IN/MARE 05/95, o registro de consulta no SICAF, inclusive quando o beneficiário for Fundação de Apoio;

8.2.27.2 – exija a comprovação de situação regular no SICAF ao contratado quando da emissão das Notas de Empenho, ordens de serviço ou qualquer outro instrumento que materialize um comando ao for-

necedor para que inicie a execução de uma dada parcela do respectivo contrato;

8.2.27.3 – na ocorrência de situação irregular ou vencida no SICAF por ocasião do pagamento, efetue o procedimento de rescisão unilateral do contrato, conforme exigido pelos arts. 59 inciso II, 79 inciso I e 78 inciso I da Lei nº 8.666/93, por descumprimento da obrigação contratual prevista no art. 55 inciso XIII da mesma Lei (item 115 do relatório).

8.2.28 – providencie o recálculo dos valores pagos nos contratos atualmente em vigor com Fundações de Apoio a título de remuneração da FUNDEP e faturados em desacordo com o contrato (uma vez que o mesmo prevê a remuneração em valores fixos mensais e o faturamento da FUNDEP incorpora a cada fatura uma porcentagem a título de taxa de administração), de forma a:

8.2.28.1 – obtenha o montante total devido, de acordo com os valores previstos em cláusulas contratuais;

8.2.28.2 – efetue o encontro de contas com o valor total pago, recolhendo à conta única da UFMG eventuais saldos pagos a maior (item 122 do relatório).

8.2.29 – certifique-se de que a Fundação corrigiu o procedimento de faturamento dos contratos celebrados com a Universidade ao amparo da Lei nº 8.958/94 de forma a:

8.2.29.1 – não emita faturas incorporando percentuais a título de taxa de administração;

8.2.29.2 – não efetue débito automático de remuneração contratual da Fundação em função de receitas ou despesas registradas no contrato, apresentando faturas específicas para tais despesas estritamente de acordo com as cláusulas contratuais (item 122 do relatório).

8.2.30 – notifique às Unidades Gestoras subordinadas que o processo de liquidação de faturas, inclusive aquelas provenientes de Fundações de Apoio, deve verificar a correspondência dos valores faturados com as cláusulas contratuais, conforme exige o art. 63 (§ 2º inciso I e § 1º inciso III) da Lei nº

4.320/64, podendo o ordenador de despesas ser responsabilizado por eventuais pagamentos liquidados em desacordo com a previsão contratual (item 122 do relatório);

8.2.31 – mantenha em arquivo específico na Administração Central da Universidade, à disposição do Tribunal para verificação, demonstrativo do encontro de contas por cada contrato e os extratos do movimento financeiro de cada contrato a partir data de retificação dos procedimentos apontados, bem como os demais documentos que evidenciem a regularização do procedimento de faturamento e liquidação dos pagamentos feitos à FUNDEP e o cumprimento desta determinação (item 123 do relatório, com a modificação do item 235);

8.2.32 – ao contratar fornecimento de bens ou serviços, inclusive ao amparo da Lei nº 8.958/94, atenha-se aos regimes de execução elencados em rol exaustivo pelo art. 10 da Lei nº 8.666/93, desenvolvendo os critérios de medição para pagamento adequados a cada tipo de serviço contratado (item 130 do relatório);

8.2.33 – por conseguinte, abstenha-se de incorrer, na formalização e na execução contratual, nas duas características da modalidade administração contratada, ou seja, a adoção da cobertura das despesas incorridas pelo contratado como critério de cálculo dos valores a serem pagos e a adoção de uma porcentagem do valor das despesas ou do valor executado no contrato como critério de cálculo da remuneração da contratada, por absoluta falta de amparo legal (item 130 do relatório);

8.2.34 – no caso de serviços desempenhados por empregados da Fundação alocados direta e integralmente aos projetos específicos vinculados aos contratos, observe todos os procedimentos elencados no Decreto nº 2.271/97 e na Instrução Normativa MARE 18/97, esclarecendo que a vedação genérica de execução indireta de serviços inerentes a cargos do quadro da Universidade (art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97) é excepcionada pelo permissivo da Lei nº 8.958/94

naquelas contratações regularmente celebradas ao amparo daquela Lei, ou seja, para aquelas contratações vinculadas a projetos específicos, aprovados previamente pela Universidade, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição contratante, nos estritos termos dos arts. 1º, 4º e 5º da Lei nº 8.958/94 (Decisão 186/2001, Ata 30/2001 – 2ª Câmara) (item 130 do relatório);

8.2.35 – solicite à Procuradoria jurídica junto à Universidade um estudo jurídico conclusivo, com a finalidade de subsidiar sua ação administrativa como beneficiária dos respectivos recursos e prevenir eventuais glosas de recursos, a respeito da legalidade de pagamento de taxa de administração à FUNDEP na execução de recursos recebidos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais mediante “Termo de Outorga e Aceitação de Auxílio”, à vista da explícita vedação constante no art. 19 inciso I do Decreto Estadual nº 37.924/96 (item 136 do relatório);

8.2.36 – reduza o quadro de pessoal contratado da FUNDEP no Hospital das Clínicas na exata proporção das vagas oferecidas no concurso realizado pelo Edital 77 de 29.4.2002 (resultados publicados no DOU de 2.7.2002, 3.7.2002, 4.7.2002 e 23.7.2002), esclarecendo que no caso dos médicos a diferença a maior do pessoal estatutário nomeado deve ser refletida numa redução também proporcional no volume dos serviços autônomos contratados a médicos ao amparo do referido contrato (item 150 do relatório);

8.2.37 – adote rigorosamente, nos contratos que têm por objeto a contratação de serviços para a atividade-fim do Hospital das Clínicas (em particular o contrato sem nº de 28/12/2000 – FUNDEP 1890), os procedimentos e formatos uniformemente fixados para a contratação de serviços contínuos pelo Decreto nº 2.271/97 e da IN-MARE 18/97, retificando os referidos instrumentos contratuais (item 159 do relatório);

8.2.38 – atentar para que a excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-‘c’ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário) refere-se tão somente à possibilidade de contratação dos serviços profissionais inerentes a categorias funcionais abrangidas no plano de cargos da Universidade (excepcionando portanto, exclusivamente, a vedação constante do art. 1º § 2º do Decreto nº 2.271/97) e à possibilidade de participação da Fundação de Apoio em tal contratação ao amparo da Lei nº 8.958/94 (item 159 do relatório);

8.2.39 – nos contratos que têm por objeto a contratação de serviços para a atividade-fim do Hospital das Clínicas no exercício da excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-‘c’ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), insira em cláusula contratual (com fulcro no art. 3º inciso III da Lei nº 8.958/94) a obrigação por parte da instituição contratada de selecionar o pessoal por ela empregado mediante processos seletivos que guardem todas as características de impessoalidade, moralidade e publicidade exigidas para concursos públicos pelo art. 37, caput e inciso II, da Constituição Federal (item 162 do relatório);

8.2.40 – no cumprimento da determinação da alínea anterior, oriente à instituição contratada no sentido de esclarecer aos candidatos à seleção que, apesar das características do processo seletivo, não se trata em hipótese alguma de recrutamento para cargo ou emprego público (item 162 do relatório);

8.2.41 – nos contratos que têm por objeto a contratação de serviços para a atividade-fim do Hospital das Clínicas no exercício da excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-‘c’ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), observe rigorosamente na execução contratual os quantitativos de serviços e postos de trabalho previstos no projeto de execução a que fazem referência o art. do Decreto nº 2.271/9 e o item 5.2.2 da IN-MARE 18/97, admitidas modificações apenas na forma do art. 65 da Lei nº 8.666/93 (item 173 do relatório);

8.2.42 – exclua dos referidos contratos os serviços atualmente correspondentes aos cargos de administrador, advogado, agente administrativo, analista de recursos humanos, arquiteto, assessor de planejamento, auxiliar administrativo, auxiliar de serviços gerais, copeiro, economista, mecânico de refrigeração industrial, motorista, operador de computador, pintor de paredes, recepcionista, secretária-executiva, soldador, técnico em comunicação social, técnico em contabilidade, técnico em eletrônica, técnico em mecânica, bombeiro/eletricista, programador de computador e operador de caldeira e porteiro de hospital, bem como de quaisquer outros que venham a representar atividades sem especificidade da função hospitalar (“atividades materiais, acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”, nos termos do art. 1º, caput, do Decreto nº 2.271/97), ficando esclarecido que a excepcionalidade aberta pela mencionada Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário) abrange neste caso tão somente a possibilidade de instaurar regular licitação para a contratação de tais serviços (frente à vedação do art. 1º § 2º do Decreto nº 2.271/97) (item 173 do relatório);

8.2.43 – nos contratos que têm por objeto a contratação de serviços para a atividade-fim do Hospital das Clínicas no exercício da excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-‘c’ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), exclua a contratação de serviços técnico-profissionais especializados a terceiros através de Fundação de Apoio, visto que não é lícita a dispensa de licitação com fulcro no art. 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 ou no art. 1º da Lei nº 8.958/94 quando não existir estrita conexão entre o serviço e as atividades de pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição contratada, (Decisão 252/1999 Ata 19/99 – Plenário; Decisão 881/97 – Plenário – Ata 47/97, publicada junto à Ata 52/97, item 8.3-‘m’) (item 183 do relatório);

8.2.44 – instaure o competente processo licitatório para a contratação dos serviços a que se refere a alínea anterior, entre as pessoas jurídicas que se dediquem à atividade técnico-profissional específica, tendo presente que as modalidades de “melhor técnica” e “técnica e preço” previstas nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.666/93, conjugadas com a possibilidade de definir no edital critérios rigorosos de qualificação técnica com base no art. 30 da mesma Lei nº 8.666/93, permite que a seleção do prestador seja baseada em sua qualificação técnico-profissional, de forma a contemplar as especificidades de sua condição de Hospital Universitário e centro de referência do sistema público de saúde (item 183 do relatório);

8.2.45 – mantenha o atual mecanismo de contratação de tais serviços através da FUNDEP exclusivamente durante o prazo estritamente necessário à conclusão da licitação a que alude a alínea anterior (item 183 do relatório);

8.2.46 – cesse imediatamente os pagamentos efetuados mediante pessoas jurídicas interpostas a profissionais do quadro permanente em retribuição pelo exercício das atribuições inerentes aos respectivos cargos durante a jornada de trabalho, em especial os pagamentos realizados através da FUNDEP a título de honorários de “Serviços Profissionais - SP” e “Convênios” aos servidores do Hospital das Clínicas, por absoluta falta de amparo legal, uma vez que tal retribuição somente é cabível se e quando amparada em dispositivo da legislação de pessoal vigente, através dos instrumentos que esta disponibiliza para gestão da folha de pagamentos (item 183 do relatório);

8.2.47 – elabore em noventa dias, para o contrato atualmente vigente e para os que eventualmente sejam celebrados em função da revisão ora recomendada, um planejamento do encerramento da contratação de recursos humanos através da FUNDEP para todas as atividades do Hospital das Clínicas que já tenham atingido o grau pleno de implantação, com a respectiva assunção

pela Universidade como atividade de caráter permanente (uma vez que já não estão presentes os requisitos de prazo definido de um “projeto”, tal como definidos pelo art. 1º da Lei nº 8.958/94), devendo o planejamento contemplar as medidas necessárias à transferência das operações e os recursos necessários para que tal transferência seja materialmente possível (item 188 do relatório);

8.2.48 – cesse imediatamente a intermediação remunerada da FUNDEP na contratação e pagamento de serviços de terceiros prestados por profissionais filiados a cooperativas de trabalho, no âmbito do contrato sem nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890) e naqueles que venham a sucedê-lo ou estabeleça mecanismos similares, por revelar-se a prática antieconômica (uma vez que os serviços administrativos de controle, gestão e faturamento desses serviços são na prática realizados por pessoal empregado no próprio Hospital das Clínicas e pelas cooperativas envolvidas, tornando dispensável a intermediação e o pagamento à FUNDEP frente à contratação das cooperativas sem intermediários) (item 192 do relatório);

8.2.49 – empreenda imediata repactuação do mencionado contrato sem nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890), com fulcro no art. 65 inciso II alínea ‘d’ da Lei nº 8.666/93, com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de forma a excluir da remuneração da FUNDEP ao longo de todo o contrato as parcelas pagas a título de remuneração dos serviços administrativos de controle, gestão e faturamento dos serviços terceiros prestados por profissionais filiados a cooperativas de trabalho, uma vez que tais serviços não são por ela executados, promovendo-se o pertinente encontro de contas (item 192 do relatório);

8.2.50 – cesse imediatamente o pagamento de quaisquer gratificações ou pagamentos pelo exercício de “chefias informais” ou outro tipo de funções designadas pela administração da Universidade sem previsão no quadro de pessoal da entidade, em caráter continuado ou eventual, por absoluta

falta de amparo legal e por contrariarem o art. 48 inciso X da Constituição e os arts. 3º § único e 62, caput da Lei nº 8112/90:

8.2.50.1 – a servidores efetivos da UFMG sem expressa previsão na legislação de pessoal, em qualquer modalidade de pagamento, não cabendo na espécie sequer a modalidade de “bolsa” prevista na Lei nº 8.958/94 por não estarem atendidos os requisitos fixados na referida Lei;

8.2.50.2 – a servidores de outras entidades federais cedidos à UFMG sem expressa previsão na legislação de pessoal, em qualquer modalidade e a qualquer título;

8.2.50.3 – a pessoas sem vínculo com o serviço público federal, em qualquer modalidade e a qualquer título (item 201 do relatório).

8.2.51 – em qualquer caso, cesse quaisquer pagamentos a título de “bolsa” prevista na Lei nº 8.958/94 ao abrigo do contrato s/nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890) e naqueles que venham a sucedê-lo, uma vez que tal tipo de contrato não se insere nos requisitos da citada Lei nº de implementação de projeto específicos, segundo detalhadamente descrito nesta auditoria (item 201 do relatório);

8.2.52 – limite, no contrato s/nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890) e naqueles que venham a amparar-se na excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-‘c’ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), os serviços contratados àqueles previamente definidos no projeto básico e no plano de trabalho a que se referem o art. 2º do Decreto nº 2.271/97 e os itens 2.1 e 2.3 da IN/MARE 18/97, abstendo-se de neles executar serviços avulsos ou eventuais (item 207 do relatório);

8.2.53 – abstenha-se de adotar a proposta de reestruturação gerencial para o Hospital das Clínicas baseada em Unidades Funcionais como fundamento para contratações de Fundação de Apoio baseadas na Lei nº 8.958/94, uma vez que não representam as características de projeto exigidas pela referida Lei, conforme detalhadamente descrito nesta auditoria (item 215 do relatório);

8.2.54 – abstenha-se de pagar quaisquer vantagens sob a forma de bolsa da Lei nº 8.958/94 com fundamento na proposta de reestruturação gerencial para o Hospital das Clínicas baseada em Unidades Funcionais, quer na forma de gratificações pelo exercício de funções designadas pela administração da Universidade sem previsão no quadro de pessoal da entidade em caráter continuado ou eventual, quer na forma de gratificações por produtividade ou desempenho, tais como aquelas previstas no “Programa de Incentivo ao Desempenho HC/UFMG”, por absoluta falta de amparo legal e por contrariarem o art. 48 inciso X da Constituição e os arts. art. 3º § único e 62, caput da Lei nº 8.112/90 (item 215 do relatório);

8.2.55 – adote imediatamente as medidas corretivas no caso de já ter iniciado qualquer das práticas acima mencionadas quando do recebimento da notificação da determinação, sustando os contratos respectivos e cessando imediatamente os pagamentos (item 215 do relatório);

8.2.56 – tome em consideração que a intervenção do Tribunal neste momento limita-se aos aspectos mencionados nas determinações, não representando qualquer restrição aos demais aspectos do plano de reestruturação gerencial (item 215 do relatório);

8.2.57 – busque a obtenção, a título gratuito, dos serviços de assistência religiosa objeto do contrato 108/01 celebrado entre o Hospital das Clínicas e a Sociedade Propagadora Esdeva, diligenciando o pleito junto às máximas autoridades locais responsáveis pela respectiva confissão religiosa, de forma a permitir a rescisão do contrato respectivo e a utilização dos recursos públicos nas demais finalidades hospitalares que não são suscetíveis de obtenção graciosa (item 233 do relatório);

8.2.58 – retifique todos os contratos atualmente em vigor com Fundações de Apoio de forma a que atendam ao disposto nas presentes determinações;

8.2.59 – mantenha em arquivo específico na Administração Central da Universidade, à disposição do Tribunal para verificação, cópias de todos os contratos em vigor com Fundações de Apoio, após as retificações efetuadas, incluindo os termos aditivos e os demais documentos que evidenciem o cumprimento das presentes determinações (item 235 do relatório);

8.2.60 – mantenha em arquivo na Administração Central da Universidade, à disposição do Tribunal para verificação, a documentação comprobatória do atendimento a todos os itens das presentes determinações (item 235 do relatório);

8.2.61 – encaminhe ao Tribunal, no prazo de setenta e cinco dias, relatório contendo informação circunstanciada sobre o cumprimento de cada uma das determinações deste processo (item 235 do relatório).

8.3 – determine à Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa, da UFMG, com fulcro no art. 43 inciso I da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 194 inciso II do Regimento Interno e o art. 3º incisos I e IV da Lei nº 8.958/94, na execução dos contratos celebrados com base na Lei nº 8.958/94:

8.3.1 – considerar, para todos os contratos relativos a serviços de natureza contínua, o valor total anual dos serviços como parâmetro para o enquadramento na modalidade de licitação correspondente, evitando o fracionamento de despesas (item 98 do relatório);

8.3.2 – regularizar todos os contratos em vigor para os quais ocorra o mencionado fracionamento, a exemplo do contrato de prestação de serviços firmado em 13.02.2000 entre a FUNDEP e a empresa Planejando Saúde – Planejamento e Organização em Saúde Ltda., promovendo para tanto os devidos certames licitatórios na modalidade correspondente (item 98 do relatório);

8.3.3 – ao contratar fornecimento de bens ou serviços, ao amparo da Lei nº 8.958/94 ou outra modalidade de execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos

(inclusive quando da contratação de cooperativas de trabalho), ater-se aos regimes de execução elencados em rol exaustivo pelo art. 10 da Lei nº 8.666/93, desenvolvendo os critérios de medição para pagamento adequados a cada tipo de serviço contratado, por força da observância obrigatória da Lei nº 8.666/93 imposta pelo art. 3º inciso I da Lei nº 8.958/94 (item 133 do relatório);

8.3.4 – por conseguinte, abstenha-se de incorrer, na formalização e na execução contratual, nas duas características da modalidade administração contratada, ou seja, a adoção da cobertura das despesas incorridas pelo contratado como critério de cálculo dos valores a serem pagos e a adoção de uma porcentagem do valor das despesas ou do valor executado no contrato como critério de cálculo da remuneração da contratada, por absoluta falta de amparo legal (item 133 do relatório);

8.3.5 – promova a imediata correção das cláusulas pertinentes, em particular os contratos realizados com a cooperativa de trabalho Multicoop Ltda., e realize as adequações necessárias na execução, em todos os acordos em andamento em que ocorra a prática, encaminhando ao Tribunal em sessenta dias a documentação comprobatória do atendimento à presente determinação (item 133 do relatório).

8.4 – recomendar à Universidade Federal de Minas Gerais:

8.4.1 – estabeleça nos processos de contratação de Fundações de Apoio com dispensa de licitação a obrigatoriedade de obtenção nos autos do parecer técnico previsto no art. 38 inciso VI da Lei nº 8.666/93, emitido pela unidade administrativa incumbida da aquisição centralizada dos serviços correspondentes (item 8 do relatório);

8.4.2 – amplie a força de trabalho nas atividades-fim da Auditoria Geral, mediante realocação de servidores ocupantes de cargos compatíveis com as funções por ela desempenhadas, de forma a atender às atribuições institucionais da unidade (art.

14 do Decreto nº 3.591/2000 e do Capítulo X da IN-SFC 01/2001) (item 18 do relatório);

8.4.3 – gestione, junto ao Ministério da Educação e do Desporto, a transformação de cargos vagos de nível superior no quadro da Universidade em cargos de auditor, bem como o provimento dos mesmos mediante concurso público, visando ao cumprimento das atribuições institucionais da unidade de auditoria interna (art. 14 do Decreto nº 3.591/2000 e do Capítulo X da IN-SFC 01/2001) (item 19 do relatório);

8.4.4 – desenvolva instrumentos contratuais gerais de especificação de projetos básicos de serviços habitualmente demandados às Fundações de Apoio no âmbito da Lei nº 8.958/94, a exemplo do convênio FUNDEP 3797 (DOU de 29/4/99) celebrado entre a FUNDEP e a EMBRAPA, fazendo-se-lhe remissão nos sucessivos processos de contratação (item 34 do relatório);

8.4.5 – adote, no cumprimento do preconizado na Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário, item 8.1, inciso III alínea ‘d’) os seguintes critérios de legalidade e legitimidade para o enquadramento de contratos na hipótese de dispensa de licitação da Lei nº 8.958/94 (item 58 do relatório):

8.4.5.1 – em relação à entidade contratada, adote os seguintes critérios:

8.4.5.1.1 – a instituição contratada deverá ter sido criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (Decisão 655/2002 - Ata nº 21/2002 - Plenário);

8.4.5.2 – em relação ao objeto do contrato, adote os seguintes critérios:

8.4.5.2.1 – o objeto do contrato deve estar diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.2 – os contratos para execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracteriza-

do pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.3 – as contratações ao amparo no art. 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 ou do art. 1º da Lei nº 8.958/94 que tenham por fundamento o “desenvolvimento institucional” de que tratam os citados dispositivos devem restringir-se aos contratos que tenham por objeto a implementação direta de alguma forma de ação social que tenha sido especificada direta e expressamente no texto constitucional como de interesse do Estado (em rol exemplificativo, a proteção à infância, arts. 203, I, e 204, I, da Constituição Federal; ao deficiente, arts. 203, IV, e 204, I; à saúde, arts. 196, 197 e 200, V; o desenvolvimento do ensino, arts. 205, 213 e 214 e o desporto, art. 217), esclarecendo que dentre estes não se incluem os serviços genéricos de consultoria organizacional (Decisão 030/2000, Ata 02/2000 – Plenário);

8.4.5.2.4 – a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.5 – a instituição deve abster-se de contratar ao amparo da Lei nº 8.958/94 as seguintes atividades, por não se constituírem objeto válido da contratação nos termos do art. 1º da mesma Lei:

I) contratação indireta de pessoal, a qualquer título (sendo as eventuais exceções temporárias abertas aos Hospitais Universitários deliberações individuais, de natureza limitada aos casos concretos em que foram proferidas e em nenhum caso passíveis de extensão ou analogia);

II) gerenciamento ou operação de serviços de saúde;

III) aquisição de gêneros alimentícios;

IV) contratação de serviços técnicos ou administrativos desvinculados de projetos

acadêmicos específicos e definidos (Decisão 777/2000 – Plenário – ATA 37/2000, item b.18).

8.4.5.2.6 – o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

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

8.4.5.2.8 – em conseqüência, a instituição deve anexar junto a todos os processos de dispensa de licitação de contratos celebrados com base na Lei nº 8.958/94, como parte integrante e indissociável da justificativa que exige o art. 26 da Lei nº 8.666/93, projeto específico de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional, em que se especifiquem, de acordo com o art. 1º da Lei nº 8.958/94 e o art. 26 § único, da Lei nº 8.666/93:

I) os objetivos acadêmicos a atingir com o contrato, em termos quantitativos (estimativa, se for o caso) e qualitativos;

II) os serviços demandados à fundação através do contrato, precisamente especificados também em termos quantitativos (estimativa, se for o caso) e qualitativos;

III) a vinculação entre os serviços demandados à fundação e os objetivos acadêmicos definidos nas alíneas anteriores;

IV) quaisquer modificações nestas informações que tornem necessária a elaboração de termos aditivos aos contratos em vigor.

8.4.5.3 – em relação ao papel desempenhado pela Fundação no contrato, adote os seguintes critérios:

8.4.5.3.1 – a Fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das Universidades (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.3.2 – não é lícita a dispensa de licitação com fulcro no art. 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 ou no art. 1º da Lei nº 8.958/94 quando não existir estrita conexão entre o serviço a adquirir pela administração e as atividades de pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição contratada, sendo vedada a referida contratação quando o produto ou serviço não for diretamente realizado pela instituição beneficiária da dispensa ou esta atuar apenas como intermediária entre o contratante e outra instituição provedora dos serviços, devendo ainda ficar demonstrado nos autos que a entidade contratada – além de ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional – tem capacidade de executar, com sua própria estrutura e de acordo com suas competências, o objeto do contrato (Decisão 252/1999 Ata 19/99 – Plenário; Decisão 881/97 – Plenário – Ata 47/97, publicada junto à Ata 52/97, item 8.3-1m’).

8.4.6 – estruture os serviços abrangidos pelo contrato s/nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890), na máxima extensão possível, em projetos específicos que possam ser concebidos e executados nos exatos limites da Lei nº 8.958/94 (na forma já detalhada na jurisprudência do Tribunal e, em particular, no presente processo), nomeadamente em relação aos serviços criados ou significativamente ampliados a partir da data da última definição normativa do quadro de pessoal do Hospital (item 188 do relatório);

8.4.7 – celebre contratos específicos vinculados a cada um dos projetos referidos na alínea anterior, excluindo-os do contato atualmente vigente, deixando portanto à excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-‘c’ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário) tão somente uma relação residual de postos cuja alocação corresponda às atividades organizacionais comuns do Hospital ou da simples manutenção de atividades permanentes que já existiam (item 188 do relatório).

8.5 – recomendar à Universidade Federal de Minas Gerais que, no exercício das atribuições de controle finalístico e de gestão que lhe são atribuídas pelo art. 3º inciso III da Lei nº 8.958/94 e pelo Estatuto da Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa, promova junto à FUNDEP os seguintes objetivos:

8.5.1 – disponibilize às unidades da UFMG, sem ônus para a universidade, recursos de assessoria em elaboração de projetos que tenham por objetivo a celebração de contratos com base na Lei nº 8.958/94 ou convênios com recursos federais, com o objetivo de aperfeiçoar a formulação e a apresentação formal dos referidos projetos, o que está inserido explicitamente entre as finalidades institucionais da Fundação (nos termos do art. 5º inciso I de seu Estatuto) (item 12 do relatório);

8.5.2 – discrimine entre seus objetivos estatutários a prestação de serviços auxiliares a obras de construção civil de interesse do desenvolvimento da Universidade Federal de Minas Gerais, tal como o faz com as

demais atividades no art. 5º de seu Estatuto, se desejar desenvolver tal atividade para a UFMG ao amparo do art. 1º da Lei nº 8.958/94 (item 94 do relatório).

8.6 – recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na qualidade de órgão gestor do sistema SIASG, que promova naquele sistema a implantação de controles que registrem e acompanhem as características específicas das parcelas de adiantamento contratual de que tratam o art. 40, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 e o art. 38 do Decreto nº 93.872/86 (item 110 do relatório).

8.7 – determinar à SECEX/MG a junta deste processo às contas da Universidade Federal de Minas Gerais relativas ao exercício de 2002, bem como proceda acompanhamento, mediante inspeção ou outro meio hábil, do cumprimento desta Deliberação.

TC 007.805/2002-9 (acompanhado de 4 volumes)

Ata 46/2002 – Plenário Sessão 04/12/2002 Aprovação 10/12/2002 Dou 08/01/2003

Especificação do Quorum:

11.1. Ministros presentes: Marcos Vinícios Vilaça (na Presidência), Iram Saraiva, Valmir Campelo (Relator), Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler.

11.2. Auditores presentes: Lincoln Magalhães da Rocha, Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

Notas

¹ Para uma vasta listagem de contratações de fundações com base na Lei 8.958/94 por instituições estaduais, vide REVISTA ADUSP, (2001a. p. 41-81).

² Arts. 18 e 45 da Lei 8.443/92.

³ Neste trabalho, adotaremos indistintamente os termos “universidade” ou IFE para designar todas aquelas instituições públicas envolvidas nas contratações da Lei 8.958/94, ou seja, “instituições federais de ensino superior e de pesquisa cien-

tífica e tecnológica” (conforme o art. 1º, ‘caput’, da mencionada lei)

⁴ À diferença de nosso trabalho anterior já publicado sobre o assunto (BITTENCOURT, 1999, 2000), tratamos aqui de apresentar um rol mais exaustivo de situações, enquadradas num marco conceitual geral. Em contrapartida, apresentamos de forma mais concisa a fundamentação de cada tópico mencionado, limitando-nos no mais das vezes a apontar os dispositivos legais que são aplicáveis a cada caso.

⁵ Debate contido por exemplo em Sznewar; Zilbovicius (2001, p. 34-37); Souza, (2001, p. 38-40); Lima, (2001, p. 41-46); Lobo Filho; Sader; no Dossiê do Grupo de Trabalho instituído pela Reitoria da USP para regulamentação da atuação das Fundações no âmbito da Universidade (disponível em <<http://www2.usp.br/portugues/informatoria/>>, acesso em 05/05/2005); Schwartzmann (2002); Di Pietro (2003, p. 18), acima citada.

⁶ Para uma discussão ao mesmo tempo objetiva e profunda do tema, Diniz (2005). Para uma apresentação exaustiva dos aspectos jurídicos aplicáveis a quaisquer fundações a partir da legislação civil, vide Paes (2006).

⁷ Algo como um procedimento de *shortlist* utilizado em aquisições de organismos internacionais.

⁸ Para uma descrição ampla dessa controvérsia, apontando as posições favoráveis e contrárias, vide Fernandes (2000, p. 429-431). Respeitável opinião em favor da necessidade de licitação reduzida, vide Justen Filho (2004, p. 255-256).

⁹ Não nos deteremos em grande detalhe na lógica desses requisitos genéricos, já fundamentados em profundidade por Fernandes (2000, p. 432 *et seq.*), no qual nos baseamos para esta síntese. Cabe-nos agora apenas fazer-lhes menção, e estender considerações sobre os pontos ainda pouco explorados ou obscuros do tratamento do tema.

¹⁰ Para uma descrição prática e detalhada dos procedimentos de gestão financeira e contábil das fundações, vide Conselho Federal de Contabilidade (2003).

¹¹ Para os aspectos jurídicos do direito fundacional, vide os já mencionados Conselho Federal de Contabilidade (2003) e Paes (2006).

¹² Para um modelo de relatórios de gestão e documentos contábeis, vide Conselho Federal de Contabilidade (2003). Destacamos que, à parte os demonstrativos contábeis (que são objeto de normatização específica do órgão regulador da profissão), as demais peças de prestação de contas e relatório de gestão podem ter seu conteúdo especificado em detalhe pela própria universidade apoiada, na medida em que a esta cabe conhecer e aprovar as atividades da fundação.

¹³ Alegações de ocultação de informações e “caixas pretas” em relação às fundações são infeliz-

mente comuns no ambiente universitário (ex: os inúmeros relatos transcritos em Revista ADUSP (2001a, p. 41-81; 2001b, p. 34-133; 2003, p. 65-102).

¹⁴ E restrições legais não existem no caso, conforme exaustivamente demonstra Diniz (2005).

¹⁵ Tais contratos são infelizmente ainda encontrados, sendo definidos como contratações para “desenvolver atividades de apoio à faculdade tal” e fórmulas similares.

¹⁶ Mencionando bem fundamentado Voto na Decisão TCU 657/97 – Plenário.

¹⁷ Falha esta que, queremos crer, se deve a equívoco e não foi intencionalmente deixada ambígua para facilitar essa “inflação” de possibilidades interpretativas.

¹⁸ Para um exemplo concreto de situação de subcontratação não autorizada sucedendo dispensa de licitação, vide a relação entre Banco do Brasil, COBRA e a empresa Coopersystems, itens 53-57 do Voto condutor do Acórdão 1302/2004 – Plenário; ou a relação entre o Hospital das Clínicas da UFMG, a FUNDEP e a cooperativa HCCOOP, itens 173-177 do relatório da Decisão 1646/2002 – Plenário.

¹⁹ Poucos ter-se-ão engajado mais intensamente que este autor nesse esforço de disciplinamento empreendido pela Corte de Contas.

²⁰ “131.É claramente perceptível que, apesar de o relacionamento autorizado pela Lei nº 8.958/94 ter finalidades certas, universidades e fundações de apoio comumente formam parcerias para a realização de atividades estranhas aos objetivos imaginados pela lei, a exemplo da também bastante observada contratação de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial.

132. A justificativa apresentada baseia-se nas premissas de que a) o art. 1º da Lei faculta a contratação para o apoio a projetos não só de pesquisa, ensino e extensão, mas também de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, e b) que tais atividades estariam compreendidas no conceito de desenvolvimento institucional.

133. Ainda que sumariamente pudesse ser contra-argumentado o absurdo que constituiria a concretização de um projeto de limpeza predial, justifica-se a análise desse argumento com mais vagar, já que a prática é generalizada e recorrente.” (Tribunal de Contas da União. Relatório da Decisão 655/2002, Ata 21/2002 – Plenário)

²¹ “Institutions are the behavioral manifestation of the moral consensus and mutual interest” (HUNTINGTON, 1968, p. 10).

²² “Institutions are stable, valued, recurring patterns of behavior” (HUNTINGTON, 1968, p. 12).

²³ “Historically, political institutions have emerged out of the interaction among and disagreement among social forces, and the gradual development

of procedures and organizational devices for resolving those disagreements" (HUNTINGTON, 1968, p. 11).

²⁴ "Institutionalization is the process by which organizations and procedures acquire value and stability" HUNTINGTON, 1968, p. 12).

²⁵ Para toda a abordagem econômica, seguimos Conceição (2002).

²⁶ "a habit of thought common to the generality of men" (Samuels, 1995 apud CONCEIÇÃO, 2002, p. 122).

²⁷ "Institutions are durable systems of established and embedded social rules that structure social interactions. Language, money, systems of weights and measures, table manners, firms (and other organizations) are all institutions. In part, the durability of institutions stems from the fact that they can usefully create stable expectations of the behaviour of others". (HODGSON, Geoffrey M. The hidden persuaders: institutions and choice in economic theory. Seminário A situação atual da microeconomia: uma perspectiva metodológica. Programa de Doutorado em Desenvolvimento Econômico, UFPR, Curitiba, 16 e 17 de outubro de 2000 (Anais). apud Conceição (2002, p. 122).

²⁸ "Institutions are the humanly devised constraints that structure human interaction. They are made up of formal constraints (e.g. rules, law, constitutions), informal constraints (e.g. norms of behaviour, conventions, self-imposed codes of conduct) and their enforcement characteristics. Together they define the incentive structures of societies and specially economies." (North, 1994 apud CONCEIÇÃO, 2002, p. 125).

²⁹ Com ampla tabela de bibliografia sobre o tema a p. 18-19.

³⁰ "1) during the creation of economic institutions that would make possible impersonal markets, particularly markets that involve long distance trade or capital markets that involve contracting over space and time; and

(2) during the development of political institutions that would specify and enforce property rights in ways that encourage productive contracting". (DE CAPITANI; NORTH, 1994, p. 2-3).

³¹ " - internal organizational structures of government agencies and ministries;

- strategic planning and policy design systems, including monitoring and evaluation;

- financial management (budgeting, accounting, auditing);

- human resource management (including civil service reforms);

- interorganizational relationships;

- organizational and institutional structure of sectors or subsectors;

- various aspects of the overall legal framework (including tax laws, investment code, banking laws,

capital market regulations, corporate laws, bankruptcy laws as well as judiciary systems)". (DE CAPITANI; NORTH, 1994, p. 4-5).

³² Apenas o entendimento dentro da organização Banco Mundial poderia ser entendido como um pouco mais limitado, voltado aos aspectos mais práticos de gerenciamento e ação estatal, mas mesmo assim com uma abrangência ainda muito grande.

³³ Para a discussão dos fundamentos de cada impugnação, vide Bittencourt (1999, 2000).

³⁴ Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Decisão 50/96 - Primeira Câmara; Universidade Federal do Paraná, Decisão 293/95 - Plenário e Decisão 292/2002 - Plenário; Universidade Federal da Bahia, Acórdão 63/1999 - Plenário; Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (BIONDI *et ali*, 2001); Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (CHRISPINIANO, 2001).

³⁵ Não se contrata, como vimos, uma simples relação de pessoas. Porém, a definição do projeto básico do serviço pode contemplar um determinado quantitativo mínimo de postos de trabalho (sempre definidos impessoalmente, em função das qualificações requeridas, a exemplo de "técnico de nível médio em eletricidade", ou "médico do trabalho" ou "gerente de projeto") como parâmetro técnico de exequibilidade para aceitação da proposta.

³⁶ Vide Decisão TCU 414/99 Plenário.

³⁷ Entre outros, Acórdão 523/2003 - Plenário; Acórdão 35/97 - Segunda Câmara; Acórdão 358/94 - Primeira Câmara; Decisão 50/96 - Primeira Câmara; Decisão 141/95 - Primeira Câmara; Decisão 443/95 - Plenário; Decisão 777/2000 Plenário.

³⁸ Decisão 1646/2020, item 8.4.5.2.5 inc. I.

³⁹ Algumas relatadas pelas próprias Fundações em <<http://www.confies.org.br/modules.php?name=News&file=article&sid=84>>.

⁴⁰ Alguns dos pontos aqui apresentados de forma sintética já foram os raciocínios já desenvolvidos em maior profundidade em Bittencourt (1999, 2000).

⁴¹ Fisicamente, é um carimbo na fatura apresentada pelo contratado, assinado pelo ordenador de despesa, que afirma expressamente isso.

⁴² O exemplo clássico de adiantamentos, em qualquer modalidade de licitação, é o adiantamento feito a um empreiteiro de obra para as despesas de mobilização e instalação de canteiro.

⁴³ Em trabalho anterior, sustentávamos posição radicalmente oposta à utilização de mecanismos contratuais para gestão de recursos de pesquisa (BITTENCOURT, 2000, p. 93-94), advogando o uso de convênios. Abrimos mão dessa posição (sem alterar em nenhum momento a oposição à liquidação antecipada dos recursos, como fica claro no

presente texto) ao constatar casos de natureza diferente em que se aplica validamente a necessidade de adiantamento de recursos (como no caso citado de obras), e ao verificar a extrema precariedade do quadro de pessoal das universidades, que resultaria num acompanhamento tão precário da prestação de contas dos convênios resultantes que tampouco se asseguraria adequadamente o controle *a posteriori* dos recursos repassados.

⁴⁴ Além da quase anedótica alteração dos dizeres do carimbo aplicado ao documento de liquidação apresentado pelo contratado (que, não obstante, também se faz necessária).

⁴⁵ Essa situação ocorria à época de nossa última verificação do problema, em junho de 2006.

⁴⁶ “Nessa modalidade, o particular não desembolsa seus recursos nem arca com o custo da produção do bem ou serviço. Incumbe-lhe o dever de selecionar, contratar e remunerar o pessoal necessário, adquirir os insumos e executar a prestação. A diferença entre empreitada e administração contratada reside na determinação do preço. Na empreitada, o preço é fixado de antemão (seja global, seja unitário). Na administração contratada, o preço consiste no custo da execução mais uma comissão assegurada ao contratado. A Administração tem o dever de reembolsar o particular por todas as despesas incorridas e remunerá-lo pela comissão. Logo, o lucro do particular é certo, ainda que delimitado. Corresponderá ao valor da comissão. Na empreitada, o lucro é incerto e variável. Corresponderá à diferença entre as despesas do particular e o valor recebido. Se o particular lograr reduzir suas despesas, aumentará seu lucro”. (JUSTEN FILHO, 1995. p. 53).

⁴⁷ Caso contrário não se concebe que possam ser contratadas.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Não se concebem contratos com fundações na restante modalidade de “empreitada integral” (*turnkey*), razão pela qual não a mencionamos.

⁵⁰ Decisão 265/98, Ata 17/98 - Plenário; Decisão 293/95, Ata 28/95 - Plenário, e especialmente Decisão 321/2000, Ata 14/2000 - Plenário, item 8.1.1.-a’ (transcrita na Decisão 166/2002, item ‘b.9’).

⁵¹ Universidade Federal Rural de Pernambuco, Acórdão 479/94 - 1ª Câmara; Universidade Federal do Espírito Santo, Decisão 321/2000 - Plenário; Universidade Federal de Minas Gerais, Decisão 492/2002 - 1ª Câmara; Universidade Federal de Sergipe, Decisão 1458/2002 - Plenário

⁵² Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia/IBICT, Acórdão 407/2004 - Plenário;

Universidade Federal de Minas Gerais, Decisão 1646/2002 - Plenário (item 8.2.13), situação descrita minuciosamente nos itens 71 a 77 do respectivo Relatório.

⁵³ Situação denunciada em Pomar (2001), em grande escala para toda a Universidade de São Paulo.

⁵⁴ Universidade Federal do Ceará, Decisão 265/98 - Plenário; Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, Decisão 838/97 - Plenário; Universidade Federal de Sergipe, Decisão 472/1999 - Plenário; Universidade Federal de Minas Gerais, Decisão 777/2000 - Plenário.

⁵⁵ Veja-se a transição da ausência de licitação para a utilização plena desse procedimento pelo observado, sucessivamente, na Decisão 777/2000 - Plenário, na Decisão 492/2002 - 1ª Câmara e por fim na Decisão 1646/2002 - Plenário em relação às licitações da fundação de apoio.

⁵⁶ Para cumprir essas finalidades, não se mencionam em minúcias os dispositivos legais envolvidos, uma vez que todas as eventuais irregularidades suscitadas estão analisadas e discutidas, sob o ponto de vista legal, nas seções precedentes.

⁵⁷ Também conhecido como o procedimento de “compra pela fundação”.

⁵⁸ Universidade Federal de Goiás, Acórdão 158/93 - 2ª Câmara; Universidade Federal de Minas Gerais, Decisão 492/2002 - 1ª Câmara; Acórdão 867/2003 - 1ª Câmara.

⁵⁹ Pelas espinhosas particularidades da casuística da legislação de pessoal, em que cada situação individual é praticamente única, deixamos de abordar em detalhe a operacionalização dessa variante do modelo (como fizemos com todas as demais), ressaltando embora a sua existência e a sua relevância como fator de risco para o controle.

Referências

AGLIETTA, Michel. *Régulation et crises du capitalisme: l'expérience des états-unis*. Paris: Calman Levy, 1976.

BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIONDI, Antônio et al. Atuação da FFM gera distorções na Faculdade de Medicina e HC. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

BITTENCOURT, Fernando. Contratação de fundações com dispensa de licitação na área federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 82, out./dez. 1999.

_____. Contratação de fundações com dispensa de licitação na área federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, jul./set. 2000.

BRASIL. Exposição de motivos do projeto de lei do executivo convertido na lei 8958/94. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 abr. 1994a. Seção 1, p. 4803.

_____. Lei 8958/94. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 abr. 1994b. Seção 1, p. 4802.

BURKI, Shahid Javed; PERRY, Guillermo E. *Beyond the Washington consensus: institutions matter*. Washington: The World Bank, 1998.

CHRISPINIANO, José. Faepa controla HC de Ribeirão Preto e verbas do SUS. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

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

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, jul./dez. 2002.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. *Manual de procedimentos contábeis e prestação de contas das entidades de interesse social*. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1977.

DE CAPITANI, Alberto; NORTH, Douglass C. *Institutional development in third world countries: the role of the World Bank*. Washington: The World Bank, 1994.

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

DINIZ, Gustavo Saad. Regras de direito fundacional do código civil de 2002. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 165, jan./mar. 2005.

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

FURTADO, Celso. *A fantasia organizada*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

HUNTINGTON, Samuel. *Political order in changing societies*. London: Yale university Press, 1968.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2004.

LIMA, Iran. Fundações de apoio a USP: pelo diálogo e pelo consenso. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

LOBO FILHO, Roberto. Pelo controle, não pela extinção. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 maio 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

NÓBREGA, Ailton Rocha. Contratação direta com arrimo no art. 24, XIII, da lei no 8.666/93: entidade incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. *Informativo de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 118, dez. 2003.

NORTH, Douglass C. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Nashville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

PAES, José Eduardo Souza. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

POMAR, Pedro Estevam da Rocha. Gota d'água no oceano. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 23, set. 2001. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].

REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 24, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].

REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 31, nov. 2003. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].

SADER, Emir. Público ou mercantil. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 maio 2004.

SAMUELS, Warren J. The present state of institutional economics. *Cambridge Journal of Economics*, Cambridge, v. 19, 1995.

SARAMAGO, José. *A caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SAVIANI, Dermeval. *Escola e democracia*. São Paulo: Cortez, 1991.

SCHWARTZMANN, Jacques. A controvérsia sobre as fundações. *Boletim Informativo*, Belo Horizonte, a. 28, n. 1331, 13 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.fundep.ufmg.br>>. Acesso em: 4 jan. 2002.

SOUZA, José Maria. Fundações: e organizações assemelhadas. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

SZNEWAR, Laerte; ZILBOVICIUS, Mauro. USP e fundações: há saída para o impasse?. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

TEIXEIRA, Almir. Medicina e HC revelem-se "berçários" de fundações e centros. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

TREIN, Raquel Maria; SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A compreensão proposta para a expressão "desenvolvimento institucional" contida no art. 24, inc. XIII da lei nº 8.666/93. *Informativo de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 118, dez. 2003.