



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ
GABINETE

PARECER n. 00164/2019/GAB/PFUNIFAP/PGE/AGU

NUP: 23125.021162/2019-99

INTERESSADOS: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ - UNIFAP

ASSUNTOS: OUTROS ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

EMENTA - Administrativo. Contrato. Serviços de apoio consistente na gestão administrativa e financeira para atender ao Projeto DE EXTENSÃO DE EXCELÊNCIA PARA CONCURSOS PÚBLICOS- PEEC. Contratação direta de fundação de apoio. Incidência da Lei nº 8.958, de 1994, alterada pelas Leis 12.349, de 15 de dezembro de 2010, e 12.863, de 24 de setembro de 2013, devidamente regulada pelo Decreto 7.423, de 2010. Necessidade de vários ajustes. Aprovação da minuta de contrato condicionada ao atendimento prévio das recomendações e orientações contidas no parecer

1. RELATÓRIO

1- Trata-se de processo administrativo que versa sobre projeto de extensão de excelência para concurso públicos.

2- Constam nos autos os seguintes documentos relevantes:

- o Projeto n. 53/2019, proveniente do Curso de Matemática;
- o Autorização a participação do membro da equipe: André Monteiro da Silva, Andréia Jayme Batista, Darden Almeida da Silva, Edmar dos Reis Saraiva, Erick Franck Nogueira da Paixão, Gerson Vardelei dos Anjos Gurjão, Huann Vasconcelos, Joaquin dos Santos Filho, Márcio Aldo Lobato Bahia, Steve Wanderson Calheiros de Araújo,
- o Autorização Para Participação Em Projeto Acadêmico Nº 4 / 2019 -DMSUPPORT: Júlio César de Carvalho Silva;
- o Segunda Alteração estatutária da FUNDAPE;
- o Termo de Compromisso de Coordenador de Projeto Acadêmico Nº 2/2019 - DACE;
- o DESPACHO Nº 23781/2019 - DACE;
- o DESPACHO Nº 24011/2019 - DICONV;
- o Justificativa para Dispensa de Licitação / Fundação de Apoio Nº 3/2019 - DACE;
- o Relação de Instrutores do PEEC;
- o Relação da Equipe de Servidores Técnico-administrativos;
- o Parecer Técnico da PROEAC;
- o DESPACHO Nº 24399/2019 - DACE;
- o DESPACHO Nº 24569/2019 - DICONV;
- o DEclaração para Participação em Projeto Acadêmico Nº 7/2019 - DACE (Assinaturas eletrônicas de todos os membros do Projeto, inclusive Coordenador e Vice-Coordenador);
- o DESPACHO Nº 25324/2019 - DACE;
- o Parecer Compatibilidade de Preços Fundação Nº 3 / 2019 - DICONV;
- o PARECER Nº 1043/2019 - DICONV: "Ante as razões expostas entendo que o presente projeto encontra-se estruturalmente viável";
- o DESPACHO Nº 25354/2019 - DICONV;

- o Pré-empenho;
- o COTA n. 00088/2019/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU;
- o COTA n. 00087/2019/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU;
- o DESPACHO Nº 25813/2019 - DICONV;
- o DESPACHO Nº 26443/2019 - DACE;
- o DESPACHO Nº 26464/2019 - DICONV;
- o Minuta de Contrato que celebram entre si a UNIFAP e FUNDAPE;
- o DESPACHO Nº 26977/2019 - DICONV;
- o DESPACHO Nº 27188/2019 - DICONV;
- o DESPACHO Nº 27215/2019 - SEGARE;
- o COTA n. 00109/2019/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU;
- o DESPACHO Nº 27785/2019 - DICONV;
- o JUSTIFICATIVA Nº 45 / 2019 - DEX;
- o DESPACHO Nº 28857/2019 - PROPLAN;
- o DESPACHO Nº 28893/2019 - PROPLAN;
- o DESPACHO Nº 29245/2019 - REITORIA: Despacho do Magnífico Reitor decidindo pela aprovação do Projeto de Extensão em Excelência para Concursos- PEEC;
- o DESPACHO Nº 29247/2019 - REITORIA- encaminha para análise jurídica.

3- É o breve relatório. Passa-se a opinar.

2. ANÁLISE JURÍDICA

II.A - Questões preliminares

II.A.1 - Sobre a competência para a deflagração do processo e para a assinatura do instrumento contratual

4- Compete ao dirigente máximo da entidade a autorização para que seja deflagrado o procedimento de contratação. E o dirigente máximo da entidade, sabe-se, é o Reitor da Universidade.

5- Assim, caso não tenha havido a delegação dessa competência, e após vencidas todas as etapas internas do procedimento da contratação, o contrato deverá ser firmado pelo Magnífico Reitor e pelo representante legal da contratada.

II.A.2 - Sobre a disponibilidade orçamentária para garantir a despesa

6- Segundo o artigo 14 da Lei 8.666/93, nenhuma compra será feita sem a indicação dos recursos orçamentários para o seu pagamento. Igual disposição é abrigada no artigo 7º da mesma lei, no que toca às hipóteses de *obras e serviços*, situação que é repetida no *caput* do artigo 38 do referido diploma normativo.

7- Consta nos autos anexação aos autos pela DGO de pré-empenho.

8- No entanto, ainda não consta dos autos despacho da DGO, que cuida da área de gestão orçamentária e financeira, declarando a existência de créditos orçamentários para atender a despesa, pelo que ainda não está preenchido o requisito orçamentário para a contratação. Recomenda-se, então, que antes da assinatura do contrato seja superado esse ponto.

9- Outrossim, caso a ação que ampara a despesa tenha sido classificada como “projeto” na lei orçamentária anual, recomenda-se que o ordenador de despesa adote as providências exigidas no artigo 16, inciso I e II, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), máxime por conta do conteúdo do artigo 15 da referida lei complementar.

10- Transcrevem-se, por oportuno, os referidos textos legais, *verbis*:

"Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º **Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:**

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição. (...)”

11- Sobre essa temática, vale transcrever a ementa do PARECER Nº 01/2012/GT359/DECONSU/PGF/AGU, que fora devidamente aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador Geral Federal, *verbis*:

"EMENTA - LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 16, INCISOS I E II. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. **I** - A estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a declaração do ordenador de despesa somente deve ser exigidas quando a ação que ampara a despesa foi classificada como projeto na Lei Orçamentária Anual. **II** - Caso a Administração Pública não tenha informado a classificação da ação por tipo, a Consultoria deverá exigir manifestação da Administração Pública sobre a natureza da ação que suportará a despesa. **III** - Se a ação for considerada projeto, a licitação e o empenho somente poderão ser realizados se forem elaboradas, previamente, a estimativa de impacto orçamentário-financeiro e a declaração do ordenador da despesa de compatibilidade do aumento da despesa com o PPA, a LDO e a LOA."

II.A.3 – Sobre a justificativa para a deflagração do procedimento

12- A doutrina moderna ensina que todo ato administrativo precisa ser motivado. Pelo fato de a atividade administrativa visar, sempre, o interesse público, não se admite mais que a Administração pratique atos sem dizer as razões que os determinaram.

13- No terreno dos contratos administrativos não é diferente. Além de cumprir regramento legal, como por exemplo o contido no artigo artigos 2º e 50 da Lei 9.784/99, a decisão por adquirir bens ou contratar serviços e obras precisa ter uma conformação com o interesse público, situação que só é demonstrável a partir da motivação ou justificativa do ato de contratação.

14- Nesse sentido, cumpre sinalar que, em se tratando de licitações e contratos, levando em conta que os órgãos integrantes do controle externo, não raras vezes, analisam a conduta do gestor muito tempo depois, acredita-se ser do maior interesse que as razões que determinaram a prática do ato fiquem inteiramente registradas para não permitir qualquer tipo de análise equivocada no futuro.

15- Há que se ponderar, ainda, que justificar a abertura de um processo para contratação significa demonstrar previamente, de maneira metódica e didática, as razões pelas quais a Administração se orientou rumo à contratação. Ou mesmo porque escolheu um caminho em detrimento de outro. Nessa linha, tem-se que a justificativa

genérica, que não demonstra claramente a ligação entre o objeto a ser contratado e a sua aplicação prática no dia a dia da Administração, nem o porquê fora escolhido esse ou aquele caminho, não é recomendável.

16- A questão que se põe é que se houver no futuro algum questionamento sobre o porquê da contratação de tal objeto, o fato de ter sido bem justificado, com a indicação precisa das necessidades administrativas no momento da contratação, bem como do porquê fora escolhido este ou aquele caminho, colocará o gestor numa situação de tranquilidade frente às auditorias realizadas pelos órgãos de controle.

17- Na hipótese, os autos evidenciam que ainda não foi produzida justificativa para sobre o porque de se estar a fazer a contratação do *serviço de gestão administrativa e financeira* para a execução do projeto, motivo pelo qual fica a recomendação para o fim de sanear esse aspecto da tramitação. Desde logo, esclareço que, caso o motivo da contratação seja a situação ponderada no tópico II.B.1 deste parecer, e desde que preenchidos todos os requisitos legais, conforme tópicos II.B.3 e II.B.4, a contratação estará devidamente motivada.

II.A.4 – Sobre a pesquisa de mercado e o orçamento detalhado em planilhas de custos unitários

18- As contratações firmadas pela Administração exigem sempre a realização prévia de pesquisa de mercado e a estimativa de gastos. É o que permite inferir o artigo 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93.

19- Aliás, sem uma pesquisa de mercado não seria possível estimar o gasto, o que impediria o conhecimento prévio sobre a existência de recursos orçamentários suficientes para acudir a contratação, desatendendo-se, pois, o artigo 7º, § 2º, inciso III, do mesmo diploma.

20- Para além disso, sabe-se também que a contratação de serviços somente pode ser viabilizada quando houver orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. É essa a disposição contida no § 2º, inciso II, do artigo 7º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

"Art. 7º. (...)

§ 2º. **As obras e os serviços** somente poderão ser licitados quando:

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;"

21- A necessidade desse instrumento (planilha de composição de custos unitários) tem relevante importância para o balizamento da contratação, sendo, pois, em regra, exigência inafastável.

22- Tem-se, então, que o planilhamento unitário do custo do serviço deve necessariamente ocorrer em relação ao preço do serviço de gestão contratado (esse preço também é conhecido por *custos operacionais*), o que se verifica nos presentes autos a partir do documento intitulado de CONSOLIDAÇÃO DAS DESPESAS OPERACIONAIS.

23- Sem entrar no mérito da metodologia utilizada para a definição do valor do serviço, tem-se por oportuno o destaque da jurisprudência do TCU a respeito do tema, *verbis*:

"Assunto: FUNDAÇÃO DE APOIO. DOU de 05.10.2010, S. 1, p. 99. Ementa: determinação à Companhia de Eletricidade do Acre (ELETROACRE) para que se assegure, tanto na formulação quanto na execução de ajustes firmados com fundações de apoio, **que a remuneração seja fixada com base em critérios claramente definidos nos seus custos operacionais efetivamente incorridos**, ficando absolutamente vedada a inclusão de cláusulas que prevejam o pagamento de taxa de administração de qualquer tipo (item 9.6.4, TC-010.395/2003-9, **Acórdão nº 5.668/2010-2ª Câmara**)".

24- Outrossim, ainda como subsídio técnico para se definir adequadamente a remuneração de fundação de apoio, apresenta-se relevante o contido no **Acórdão 575/2011 – Segunda Câmara do TCU**, *verbis*:

"Relatório do Ministro Relator

Trata-se de monitoramento ao Acórdão 4.759/2008-2ª Câmara, proferido quando da apreciação do acompanhamento do cumprimento às determinações exaradas no Acórdão 3.071/2006 - 2ª Câmara, relativo à fiscalização que tinha por objetivo padronizar o tratamento a ser dado às relações entre as Universidades Federais no Rio Grande do Sul e suas fundações de apoio.

2. Após a análise das informações e documentos apurados pela unidade técnica foi elaborada a instrução a seguir transcrita, em parte, com cujas conclusões e propostas manifestou-se de acordo o titular da Secex/RS (fls. 3/38-Vol. Principal):

"2 – ANÁLISE DO ATENDIMENTO DAS DELIBERAÇÕES

(...)

2.9 Pagamento de taxa de administração à Fundação de Apoio em percentual fixo

2.9.1 suspenda, no prazo de 60 (sessenta) dias, a remuneração que vem sendo efetuada às suas fundações de apoio com base em taxa ou comissão proporcional à receita auferida pelos projetos, em todas as avenças que não se enquadrem na hipótese prevista no artigo 11 do Decreto nº 5.563/2005, pois, caso as fundações queiram ser ressarcidas, deverão apresentar o cálculo dos custos operacionais com base em critérios definidos;

2.9.2 Situação que levou à proposição da deliberação

O Acórdão nº 3071/2006-2ª C havia determinado que o ressarcimento dos custos operacionais fosse calculado com base em critérios definidos e com base nas despesas efetivamente incorridas.

No entanto, por ocasião do 1º monitoramento, a remuneração dos custos operacionais da fundação de apoio, no caso de projetos que gerenciavam recursos não orçamentários, relativos aos advindos da prestação de serviços da Universidade e arrecadados diretamente pela FAURGS, era feita com base em 5% do valor total dos recursos financeiros destinados à execução do projeto, num paralelo com o artigo 11 do Decreto 5.563/2005, que regulamenta os incentivos à inovação e à pesquisa tecnológica, E, em relação aos projetos de convênios com repasse de recursos orçamentários, a Universidade não remunerava os custos operacionais, em obediência ao disposto na IN nº 01/97, e por haver dúvidas quanto aos critérios a serem utilizados para os cálculos, no caso do ressarcimento ser efetuado com recursos próprios da UFRGS.

2.9.3 Providências adotadas pelo gestor

Foi solicitado ao Departamento de Ciências Contábeis que realizasse um estudo acerca dos custos operacionais da FAURGS e elaborasse uma forma de rateio aos diversos projetos por ela desenvolvidos em apoio à Universidade. Para isso foi constituído o Processo nº 039279/08-81 e nomeadas duas professoras do curso de Ciências Contábeis, as quais elaboraram o "Memorial Descritivo para o Custeamento da Gestão de Projetos pela FAURGS" (fls.198-207), concluído ainda em 2008. Esse primeiro estudo levou em consideração fatores como: despesas com pessoal administrativo e despesas administrativas (correio, serviços de terceiros, pagamento de bolsas, depreciação, amortização, material de expediente e consumo, energia elétrica, transportes, custas e emolumentos, seguro, água e esgoto), as quais foram rateadas por tipos de projetos. Foram considerados 6 tipos de projetos: Importação, Edificação de Obras, Bolsas e Serviços de Pessoa Física/Jurídica, Contratação de mão-de-obra, Projetos Múltiplos e Projetos Institucionais. A partir disso foi elaborada a tabela de fls. 208-211, atribuindo um custo médio unitário diferenciado para cada tipo de projeto.

Em 2009, este estudo foi aperfeiçoado, tendo sido elaborado um novo Memorial Descritivo que, a partir da análise feita no estudo anterior, propôs que os projetos fossem distribuídos por faixa de valor, as quais se iniciavam com projetos de até R\$ 50.000,00 e iam até projetos com valor acima de R\$ 550.000,00 (fls. 212-220). Com base no estudo, a PROPLAN redigiu o Of. Nº 062/2009, de 23 de junho de 2009, que determinou que o ressarcimento dos custos operacionais da FAURGS seria feito conforme enquadramento dos projetos nas diversas faixas de valor constantes de uma tabela, que iniciava com valores até R\$ 10.000,00, com custo unitário de R\$ 724,56 ao ano, e ia até projetos com valores acima de R\$ 550.000,00, cujo custo unitário era de R\$ 7.004,07 ao ano (fl. 221). Essa tabela só não seria aplicável àqueles projetos que se enquadrassem na hipótese do artigo 11 do Decreto 5.563/2005 e no parágrafo único do artigo 29 da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/2008.

Em 2010, o Of. 14/2010-PROPLAN atualizou o valor do ressarcimento com base nos custos operacionais da fundação no ano anterior, bem como ampliou o número de faixas de valor dos projetos, a qual agora se inicia em R\$ 1.000,00 e vai até projetos de valor superior a R\$ 1.000.000,00 (fls. 222-223).

2.9.4 Análise

O estudo efetuado se baseou no sistema de custeio por absorção, com a apropriação dos custos de produção, fixos e variáveis, diretos e indiretos, por meio de rateio, aos produtos

que, no caso da fundação de apoio, chamam-se projetos. No caso da FAURGS, os custos de produção significam despesas administrativas e despesas com pessoal administrativo, para o gerenciamento dos projetos. Cada projeto implica um volume de despesas que são fixas, ou seja, ocorrem em todos os projetos, independentemente do quantitativo de recursos por eles movimentados, e despesas variáveis que, em regra, são proporcionais ao volume de recursos envolvidos. Assim, a divisão em faixas de valor para os projetos contempla essas peculiaridades. Consequentemente, um projeto de menor valor, em razão dos custos fixos, tende a ter uma participação percentualmente maior no ressarcimento dos custos operacionais que um projeto de grande valor. Cita-se, como exemplo, que um projeto de R\$ 1.000,00, conforme o Of. 14/2010, vai ressarcir a FA num valor de R\$ 60,96 ao ano (R\$ 5,08 ao mês), representando 6,09% do valor do projeto, enquanto um projeto que movimentará recursos no montante de R\$ 400.000,00, pagará R\$ 12.802,63 para a fundação no ano (R\$ 1.066,88/mês), o que representa 3,2%. Assim, constata-se que os projetos com valor a partir de R\$ 2.000,00 contribuem com percentual inferior a 5%, que era o utilizado para remuneração da FAURGS antes do estudo realizado. O estudo permitiu que a quase totalidade dos projetos tenham mais recursos para empregar nos seus objetos, eis que os valores atualmente repassados à FAURGS são menores que o percentual fixo de 5% utilizado por ocasião do 1º monitoramento.

2.9.5 Evidências

Memorial Descritivo para o Custeamento da Gestão de Projetos pela FAURGS - ano 2008 - fls. 198-207.

Memorial Descritivo para o Custeamento da Gestão de Projetos pela FAURGS - ano 2009 - fls. 212-220.

Of. nº 062/2009 - PROPLAN - fl. 221.

Of. nº 14/2010 - PROPLAN - fls. 222-223.

2.9.6 Conclusão

As ações adotadas pelo gestor atenderam à determinação do acórdão monitorado.

2.9.7 Proposta de Encaminhamento

Não há.

(...)

Voto do Ministro Relator

Trago à apreciação deste Colegiado o resultado do segundo, e último, monitoramento ao Acórdão 3.071/2006 - 2ª câmara, mediante o qual esta Corte de Contas deliberou acerca dos achados relativos à fiscalização que tinha por objetivo padronizar o tratamento a ser dado às relações entre as Universidades Federais do RS com suas fundações de apoio.

2. De início, observo que recentemente a Lei nº 8.958/1994, que dispõe sobre a relação entre as Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e suas fundações de apoio sofreu alterações com a edição da MP 495/2010.

3. Conforme nova redação dada ao art. 1º da citada lei, as IFES poderão realizar, além dos contratos com dispensa de licitação já previstos anteriormente, convênios com as fundações de apoio, com escopo em projetos de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional. Outra inovação, incluída no referido dispositivo, é a possibilidade, antes vedada por esta Corte, de que a instituição conveniada ou contratada dê apoio à universidade por meio de gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução das atividades.

4. Ressalto que os comandos do acórdão ora monitorado não são atingidos pelas alterações ocorridas e essas, ainda, foram extensivamente tratadas no Voto condutor do Acórdão 2142/2010 - Plenário, de minha relatoria, razão pela qual deixo de tecer maiores considerações.

5. Isso posto, as principais constatações, que motivaram a mencionada deliberação, podem ser assim resumidas:

"a) ausência de formalização para as avenças entre a UFRGS e a FAURGS - cerca de 900 projetos, que eram executados sem suporte contratual específico, sem que a instituição tivesse conhecimento do total de projetos existentes e do montante de recursos envolvidos. Os poucos projetos formalizados, nem sempre estavam formalizados por meio do instrumento adequado;

b) utilização de projetos para contratar empregados pela Fundação de Apoio para atuar em atividades de caráter permanente na Universidade;

c) não-apropriação dos rendimentos da aplicação financeira no objeto dos projetos, que eram gerenciados pela Fundação de Apoio;

- d) utilização de uma única conta bancária para movimentação dos recursos captados pela Fundação, em nome da Universidade, e dos recursos de projetos realizados diretamente por ela com terceiros, sem a interveniência da Universidade;
- e) não-incorporação dos bens adquiridos nos projetos ao patrimônio da Universidade;
- f) pagamento de taxa de administração à Fundação de Apoio em percentual fixo;
- g) ausência de prestação de contas nos projetos de prestação de serviços, de cursos de extensão e especialização, e de pesquisas, ficando o controle das receitas e despesas tão-somente a cargo do coordenador do projeto;
- h) manutenção de contas contábeis de projetos encerrados, com saldos, que geravam receita financeira para a Fundação;
- i) arrecadação de receitas e dos valores pagos a título de ressarcimento do uso da infra-estrutura da Universidade fora da conta única e sua utilização sem atendimento aos requisitos da administração pública;
- j) inexistência de controles institucionais, ficando todas as informações e eventuais controles a cargo da Fundação;
- k) descumprimento dos normativos internos pelas Unidades da Universidade."

6. Esses achados deram origem a vinte determinações. Em julho de 2008 foi executado o primeiro monitoramento, que permitiu verificar o grau de comprometimento das determinações e se essas atingiram os objetivos almejados (Acórdão 4.759/2008-2ª Câmara). Naquela oportunidade, constatou-se que, embora parte tenha sido apenas parcialmente cumprida, ocorreu um incremento significativo nos controles das atividades desenvolvidas em conjunto com as fundações de apoio.

7. Em razão da necessidade de se verificar a adequabilidade dos controles instituídos na entidade, foi recomendada a realização de novo monitoramento. Trabalho que ora é apresentado.

8. **Conforme consigna a unidade instrutiva, este segundo monitoramento encerra um ciclo de fiscalizações em que foi constatado o "aprimoramento da boa governança da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - sobre projetos executados pelas suas fundações de apoio."**, ressaltando que "essa boa governança é representada pelo atendimento dos princípios da transparência, prestação de contas e responsabilidade, pois após quatro anos de acompanhamento da IFES pela SECEX/RS, a integralidade das ações apoiadas pelas fundações passaram a ser reguladas, registradas e acompanhadas pela Universidade, existindo prestação de contas final e responsável por cada projeto."

9. **Verifico, portanto, uma mudança cultural dentro do corpo da UFRGS, principalmente quando ao trato dos recursos públicos.** Adquiriu-se uma visão sistêmica dos valores empregados, e não-segmentada em diversos setores. **Nesse sentido, acolho in totum a proposta da unidade instrutiva, cuja implementação poderá ser acompanhada em conjunto com o exame das contas de 2010 da IFES.**

Ante essas considerações, VOTO por que seja adotado o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado."

25- Note-se, então, que no âmbito do TCU foi de há muito vedada a remuneração da fundação de apoio com base no pagamento de taxa de administração (ou um percentual fixo sobre o montante de recursos gerenciados). Tem sido admitido, entretanto, que o pagamento da remuneração se dê mediante o ressarcimento dos respectivos custos operacionais incorridos para a prestação do serviço. É dizer, a fundação deve declinar, de forma detalhada, qual o custo que ela terá para fazer a gestão do projeto, custo esse que deverá ser pago pela IFES contratante, na forma do contrato de gestão administrativa e financeira firmado.

26- No caso dos autos, a Administração está a adotar a recomendação do TCU, posto que, além de não ter sido fixada em forma de percentual fixo sobre o montante de recursos gerenciados, restou produzido um detalhamento quanto ao preço cobrado ou a ser ressarcido à fundação de apoio.

27- Ultimando esse tópico, sinalo-se que por efeito dos princípios da probidade, legalidade, economicidade, enfim, a Administração deverá manter pleno controle das ações desenvolvidas pela fundação contratada no âmbito da gestão administrativa e financeira do projeto a ser apoiado.

II.A.5 - Sobre o projeto básico

28- Essa é outra exigência da Lei 8.666/93. Com efeito, assim denota o seu artigo 7º, § 2º, inciso I, *verbis*:

"Art. 7º. (...).

§ 2º. As obras **e os serviços** somente poderão ser licitados quando:

I – houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório".

29- Consoante se infere do conceito legal contido no inciso IX do artigo 6º da Lei 8.666/93[1], a finalidade do projeto básico é a de definir, de maneira precisa e adequada, o objeto do contrato. De outra parte, por objeto do contrato deve-se entender o conjunto de obrigações por serem pactuadas e assumidas pelas partes no negócio jurídico, de tal sorte que não há dúvidas sobre a imprescindibilidade de uma definição precisa, correta e completa do objeto do contrato.

30- Em se tratando de contratação de fundação de apoio por IFES, a necessidade do projeto básico também está prevista no 6º, § 1º, inciso I, do Decreto 7423/2010, *verbis*:

"Art. 6º O relacionamento entre a instituição apoiada e a fundação de apoio, especialmente no que diz respeito aos projetos específicos deve estar disciplinado em norma própria, aprovada pelo órgão colegiado superior da instituição apoiada, observado o disposto na Lei nº 8.958, de 1994, e neste Decreto.

§ 1º Os projetos desenvolvidos com a participação das fundações de apoio devem ser baseados em plano de trabalho, no qual sejam precisamente definidos:

I - objeto, **projeto básico**, prazo de execução limitado no tempo, bem como os resultados esperados, metas e respectivos indicadores; (...)"

31- Voltando-se para o caso concreto, faço as seguintes considerações quanto ao projeto básico, o qual está a levar o nome de "PROJETO 53/2019".

32- Primeira. O "projeto básico" juntado aos autos está a necessitar de ajustes. É preciso ter em conta, com efeito, que o "projeto básico" de que se trata na hipótese tem por fim detalhar o objeto do contrato, que gira em torno da gestão administrativa e financeira do projeto acadêmico. O "projeto básico", então, serve para que a Administração especifique à contratada (no caso, a FUNDAPE) a maneira pela qual ela quer que a gestão administrativa e financeira do projeto ocorra. Trata-se, em verdade, do local onde se fixam os montantes de recursos a serem gerenciados, as rubricas em que deverão ser gastos os recursos, os prazos que deverão ser cumpridos, o fluxo do procedimento, a enumeração das pessoas envolvidas com a execução do projeto, se houver, entre outros assuntos envolvidos na execução do projeto. O que não se vislumbra no caso em apreço, sugerindo-se, portanto, os ajustes, conforme orientado.

33- Segunda. Não se encontra nos autos a resolução ou ato equivalente que indica a aprovação do projeto pelos órgãos colegiados acadêmicos competentes da Universidade, conforme exigência do § 2º do artigo 6º do Decreto 7423/2010. Nesse sentido, recomenda-se seja complementada, oportunamente, a instrução dos autos.

34- Terceira. Entende-se importante ponderar que a contratação e realização dos gastos do projeto deva ocorrer pela fundação de apoio somente após formulada a demanda pelo coordenador do projeto. E mais, para atender a demanda de contratação formulada pelo coordenador do projeto, a fundação de apoio deverá observar, rigorosamente, se a demanda se comporta dentro do escopo do projeto e das rubricas disponibilizadas para o gasto, caso em que, sendo diferente, deve-se primeiro promover os ajustes no projeto e no contrato, mediante termo aditivo.

II.B - Mérito da consulta

II.B.1 – Considerações sobre o objeto do negócio jurídico a ser acordado entre IFES e fundações de apoio

35- O estudo da jurisprudência do TCU demonstra que grande parte dos problemas que envolvem o relacionamento das IFES com suas fundações de apoio estão relacionados à falta de clareza do objeto do respectivo negócio jurídico. Apesar de editado há bastante tempo (1994), o marco regulatório não é suficientemente claro quanto ao

objeto do negócio jurídico que pode ser acordado, pelo que o papel desempenhado pelas fundações de apoio ainda se encontra envolto em razoável grau de obscuridade.

36- Nesse sentido, se o marco legal não é claro quanto ao objeto que pode ser contratado, e se a jurisprudência do TCU até então produzida também não logrou esclarecer adequadamente esse objeto, não resta dúvida quanto ao caos que a aplicação da Lei 8.958/94, mesmo após as reformas de 2010 e 2013, tem gerado no fluxo de procedimentos administrativos levados a efeito pelas IFES, exigindo dos órgãos competentes, pois, a tomada de posição com vistas a trazer balizas mais seguras tanto para os gestores das IFES quanto para os operadores do direito que atuam com essa temática em seus respectivos órgãos de execução.

37- Com efeito, a correta definição do objeto de um contrato ou de um convênio constitui matéria de especialíssimo relevo para a ação administrativa a ser desenvolvida, podendo sua deficiência, inclusive, acarretar a nulidade dos procedimentos e toda sorte de efeitos colaterais, inclusive para os agentes públicos envolvidos. A análise conjugada dos artigos 6º, IX, 7º, § 6º, 55, I, e 116, todos da Lei 8.666/93, bem demonstra essa assertiva, razão pela qual o objeto do negócio jurídico a ser firmado pelas IFES junto às fundações de apoio deve ser tratado como requisito de primeira grandeza no que concerne à aplicação da Lei 8.958/94.

38- Mas para entender o objeto do negócio jurídico sob exame é preciso identificar, primeiro, o que leva uma IFES ou ICT a buscar os préstimos de uma fundação de apoio para poder executar suas atividades finalísticas, que giram, como se extrai do artigo 207 da Constituição da República, em torno de ações de ensino, de pesquisa e de extensão.

40- Em outras palavras, para entender adequadamente o objeto do negócio jurídico (contrato ou convênio), é preciso ter em mente a **necessidade da IFES**, ou melhor, o que a move nesse intento, bem como **o que ela visa a atender ou suprir** com a realização do negócio jurídico. Sem essa compreensão, impossível a fixação dos contornos jurídicos do objeto do referido negócio jurídico.

41- E para identificar a necessidade da IFES quando busca firmar relacionamentos com uma fundação de apoio, é imprescindível considerar que a IFES tem dois fluxos de ações de ensino, de pesquisa e de extensão.

42- Um deles é contínuo, já integrado ou absorvível por seus processos regulares de gestão. Já o outro é descontínuo, o qual não se integra aos seus processos regulares de gestão, vez que são ações que já nascem com uma data predeterminada para acabar.

43- Para atender à sua demanda de serviços contínuos, a IFES tem uma estrutura física e de recursos humanos permanentes. É dizer, tem prédios, tem equipamentos, tem laboratórios, tem servidores (técnicos e docentes) concursados. E sempre que essa estrutura permanente tem necessidade de crescer, isso se faz pelos processos normais de planejamento aplicáveis à Administração Pública em geral, como a alocação de recursos orçamentários para um investimento, a criação de cargos por meio de lei e a autorização de concurso pelos ministérios competentes (MPOG e MEC).

44- Ocorre que para atender à sua demanda de serviços descontínuos, a qual quase sempre nasce com uma fonte de financiamento própria e especial, a IFES não tem – e nem poderia ter mesmo, como ao diante se verá – uma estrutura física e de recursos humanos suficiente, surgindo dessa constatação, pois, a necessidade de se buscar, dentro do arcabouço jurídico disponível, solução para que ela não fique engessada, tolhida na sua missão de ensinar, de pesquisar e de produzir ciência e tecnologia para o desenvolvimento econômico e social da nação.

45- Eis aqui, então, o que move uma IFES a buscar um relacionamento com uma fundação de apoio: **a necessidade de crescimento transitório de sua estrutura para poder dar vazão a ações descontínuas**, não regulares, aquelas que têm, já no nascedouro, uma data para acabar.

46- Com efeito, levando em conta que as IFES constituem-se em centros avançados de pesquisa, de ensino e de produção do conhecimento, de forma natural passaram a ser demandadas para atender a **ações específicas** dos órgãos governamentais, da sociedade e do setor produtivo[2].

47- Nesse sentido, é certo imaginar que para atender a essas ações específicas, quando então a IFES sente necessidade de aumentar transitoriamente sua estrutura, ela não iria abrir um concurso para admitir técnicos, docentes e

pesquisadores[3], sobretudo porque uma vez terminado o projeto, esse pessoal novo admitido ficaria ocioso, causando um peso desnecessário à máquina pública, já tão carente de recursos para o seu financiamento. Sem contar, outrossim, que o prazo de resposta a essas demandas específicas não poderia ficar no aguardo de políticas públicas complexas, como a abertura de um concurso público, que exige, na origem, a criação do cargo mediante lei, a alocação de recursos para atender a despesa de forma contínua etc.

48- Dentro dessa dinâmica, e como forma de concretização do princípio da autonomia universitária inscrito no artigo 207 da Constituição da República, restou criado um modelo jurídico-institucional para viabilizar essas ações específicas das IFES, modelo esse que foi materializado pela edição da Lei 8.958/94, a qual precisa ser corretamente interpretada para, de um lado, permitir a efetividade das políticas públicas que ela visou instrumentalizar e, de outro, garantir segurança jurídica às legítimas ações desenvolvidas pelas IFES em prol do crescimento social e econômico do país.

49- Assim, restando identificada a necessidade que move uma IFES ao contratar uma fundação de apoio para viabilizar suas ações específicas, que é o *crescimento transitório de sua estrutura, basicamente o crescimento transitório da área de recursos humanos*, passa-se à análise sobre o que ela busca atender ou suprir ao firmar o negócio jurídico.

50- Quanto a esse ponto, e a partir da experiência vivenciada no dia a dia das IFES, é possível resumir o intento dessas, quando firmam um negócio com uma fundação de apoio, a duas pretensões básicas: **a)** contratação de pessoal – do quadro próprio da IFES ou não – para atuar nesses projetos classificados como ações específicas; e **b)** agilidade e presteza na logística de execução desses projetos, de maneira que essas ações específicas e descontínuas sejam executadas com um padrão de eficiência mais apurado, com contratações de serviços e insumos para atender o projeto de uma forma mais ágil, rápida, tempestiva e menos burocrática quanto ao que se verifica no regime jurídico administrativo[4]-[5].

51- Para recapitular, então, deixa-se fixado que a contratação de fundação de apoio por uma IFES nasce da necessidade que ela tem de promover o *crescimento transitório de sua estrutura* para atender a ações específicas e descontínuas. De outra parte, com a contratação da fundação de apoio ela visa remunerar o pessoal que vai atuar nessas ações específicas, bem como imprimir um padrão de agilidade e presteza nas contratações de serviços e insumos para a execução dessas ações específicas.

52- Com essas considerações já é possível ter uma noção parcial sobre o objeto do negócio jurídico que pode ser firmado entre uma IFES e sua respectiva fundação de apoio no ambiente da Lei 8.958/94[6].

53- Seguindo em frente, cumpre ressaltar que em decisão paradigmática sobre o tema, proferida no ano de 2002 (Decisão 655/2002 – Plenário), o TCU esclareceu que a fundação de apoio, enquanto contratada pela IFES, deveria 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.

54- Posteriormente, em acórdão macro sobre o tema (Acórdão 2.731/2008 – Plenário), além de reafirmar o papel que fora destacado às fundações de apoio pela Decisão 655/2002 – Plenário, o TCU também lhe atribuiu o papel de intermediário entre a IFES e o meio externo.

55- Extrai-se de tais decisões do TCU, então, que essencialmente são três os possíveis objetos que o contrato ou o convênio entre IFES e fundações de apoio podem assumir: **a)** serviços de escritório de contratos, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES; **b)** serviços de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das IFES; e **c)** serviços de intermediário entre a Universidade e o meio externo.

56- Esses três grandes objetos que poderiam ser contratados ou conveniados segundo o TCU advêm do próprio texto da exposição de motivos do projeto de lei que resultou na edição da Lei 8.958/94, de autoria do Poder Executivo, exposição de motivos essa que fora publicada no Diário Oficial do Congresso Nacional de 06 de abril de 1994.

57- Ocorre que o texto que restou transformado em lei, embora contenha alguns conflitos aqui e acolá, jamais contemplou, como objeto dos contratos e dos convênios, as ações acima referenciadas pelo Egrégio TCU. Mais do que isso: salvo alguma anormalidade ou desconformidade verificada em alguma IFES em particular – decorrente, sobretudo, da falta de clareza do marco legal –, tais objetos nunca representaram a prática ou a necessidade real das IFES quando buscam firmar contratos ou convênios com suas fundações de apoio.

58- De observar-se, primeiro, que uma IFES não precisa – nem teria condições de almejar algo desse tipo – de um terceiro para prestar um serviço de “escritório de contratos”. Afinal, o que seria esse serviço? Seria alguma coisa no sentido de a fundação de apoio funcionar como mandatária ou agenciadora da IFES na realização de contratos com terceiros? Não parece que assim o seja, posto que a IFES não precisa de intermediários para esses fins. Ela possui órgãos e agentes que têm todas as condições e credenciais possíveis para firmar seus contratos.

59- A questão, aqui, assume contornos ainda mais esdrúxulos ao se perceber que a fundação de apoio faria isso – serviço de escritório de contratos – valendo-se do conhecimento, da pesquisa e do corpo docente da própria IFES. Ora, isso não teria o menor sentido. Se a estrutura para prestar o referido serviço, tanto material quanto imaterial, já pertence à IFES, não faz qualquer sentido que tal seja feito pela fundação de apoio.

60- Ademais, a fundação de apoio jamais teria condições jurídico-institucionais para *desenvolver ou executar* projetos de ensino, de pesquisa ou de extensão, posto que ela não é, como se sabe, uma instituição de ensino, de pesquisa ou de extensão, mas sim, como dizem as Leis 8.958/94 e 10.973/2004, uma instituição preordenada a apoiar a execução de projetos de ensino, de pesquisa ou de extensão de interesse das IFES, o que permite concluir que a fundação de apoio *nem elabora ou confecciona, nem muito menos executa o projeto*. É dizer, ela jamais poderia desenvolver projetos sob encomenda, posto que pode apenas apoiar a sua execução, inclusive, e somente, nos limites do negócio jurídico firmado com a IFES[7].

61- Em suma, o projeto de ensino, de pesquisa, de extensão etc é sempre confeccionado e executado pela própria IFES. Trata-se de atividade indelegável, sobretudo porque não haveria razão para que uma IFES viesse a contratar uma outra instituição, que não é instituição de ensino, de pesquisa etc, para vir a executar os seus projetos de ensino, de pesquisa, de extensão. O raciocínio não fecharia. Afinal, como poderia uma universidade contratar uma outra instituição, que não é universidade, para executar serviços que somente cabem às universidades?

62- Bem por isso, note-se que o que as Leis 8.958/94 e 10.973/2004 autorizam é que a IFES se valha da fundação de apoio para viabilizar a execução de tais projetos, ante a necessidade de *crescimento transitório* de sua estrutura logística para a execução da respectiva ação específica, bem como para que seja viabilizado o pagamento do pessoal que irá atuar no projeto e conferir agilidade e presteza na logística de sua execução.

63- Com isso, pois, tem-se que o objeto do contrato ou do convênio a ser firmado entre IFES e fundação de apoio jamais poderia ser identificado como um “serviço de escritório de contratos”. Isso não corresponde ao contido na lei, nem resulta da compreensão globalizada do sistema jurídico, consoante se percebe do artigo 1º da Lei 8.958/94, bem como do artigo 2º, inciso VII, da Lei 10.973/2004, *verbis*:

"Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas -ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)"

....

"Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VII - fundação de apoio: fundação criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão, projetos de desenvolvimento institucional, científico, tecnológico e projetos de estímulo à inovação de interesse das ICTs, registrada e credenciada no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e das demais legislações pertinentes nas esferas estadual, distrital e municipal; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)"

64- Como se vê, jamais a lei admitiu a possibilidade de uma IFES vir a contratar uma fundação de apoio para prestar-lhe serviços de escritório de contratos, nem, muito menos, para desenvolver projetos sob encomenda com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente da própria IFES contratante. O que a lei admite é a possibilidade de a IFES vir a contratar a fundação de apoio para prestar serviços de apoio à execução do projeto, o que é muito diferente, especialmente porque pressupõe que quando a fundação de apoio vier a ser contratada pela IFES o projeto já estará concebido, bastando ser viabilizada e instalada apenas a logística para o início de sua execução.

65- De igual forma, também não há sentido na contratação de fundação de apoio para prestar serviços de *escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das IFES.*

66- A primeira questão a abordar, aqui, é que esse objeto certamente não está de acordo com o marco legal das fundações de apoio. Ora, se a lei autoriza a IFES a se valer das fundações de apoio apenas para viabilizar (na medida das necessidades do aumento transitório de sua estrutura) a logística de execução de projetos classificados como ações específicas, por certo que quando a IFES vier a intentar a inserção, no mercado, de eventuais tecnologias produzidas no âmbito desses projetos, certamente que tal projeto já estará acabado, finalizado, executado. E se o projeto já está finalizado, não subsiste, segundo a lei, qualquer possibilidade para que a IFES venha a contratar a fundação de apoio, cuja atuação é viável tão somente na fase de execução do projeto, e não na fase posterior à sua execução, onde já se tem um produto acabado.

67- Além disso, os contratos de transferência de tecnologia representam mera gestão dos bens das IFES, não necessitando da contratação de um intermediário para que possam ser viabilizados.

68- Também não há sentido no serviço de *intermediário entre a Universidade e o meio externo.* É dizer, a fundação de apoio, ao menos segundo a lei, não está preordenada a prestar esse tipo de serviço para as IFES. É que essas não precisam de intermediário com o meio externo. Elas, IFES, são organismos que se encontram não só inseridos na ordem social, econômica e cultural do país, mas também ligados diretamente a todos os setores da sociedade e do Estado, não necessitando, pois, de nenhum intermediário. Ela tem órgãos e agentes com total condição de manter diálogos com a sociedade, com o setor produtivo, com as agências de fomento e com todas as esferas de governo que integram a federação.

69- Logo se vê, pois, que tudo o quanto fora atribuído, até o presente momento, como sendo o papel das fundações de apoio no ambiente da Lei 8.958/94, jamais configurou de fato o objeto dos contratos que as IFES *necessitam* firmar junto a suas respectivas fundações de apoio.

70- Sendo assim, qual seria, afinal, o objeto possível de ser acordado entre uma IFES e sua fundação de apoio no ambiente da Lei 8.958/94?

71- Segundo o artigo 1º da Lei 8.958/94, que precisa ser lido em conjunto com o disposto no artigo 2º, inciso VII, da Lei 10.973/2004, o objeto do contrato é caracterizado pelo apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação.

72- Contrata-se, então, o *serviço de apoio* a projetos de pesquisa, ensino, extensão etc classificados como *ações específicas.* Isso, entretanto, não esclarece totalmente a questão jurídica posta, já que a palavra *apoio* apresenta alto grau de indeterminação.

73- Mais recentemente, porém, por meio da Lei 12.349/2010, o legislador houve por bem prever, em princípio apenas como uma das facetas que o *serviço de apoio* poderia assumir, a possibilidade de as fundações de apoio virem a prestar os serviços de *gerenciamento administrativo e financeiro necessário* para projetos específicos das IFES. Note-se bem então: de forma expressa, a lei diz que o serviço de apoio pode assumir a característica de *gerenciamento administrativo e financeiro necessário* para projetos de pesquisa, ensino, extensão, desenvolvimento institucional etc.

74- Voltando-se os olhos para a prática verificada no dia a dia dos acordos que são firmados entre IFES e suas respectivas fundações de apoio, o que se constata é que, desde sempre, o único serviço que essas prestaram – *ou, pelos menos, o único serviço que poderiam ou deveriam ter prestado* – àquelas sempre esteve atrelado ao *gerenciamento administrativo e financeiro de projetos* classificados como ações específicas.

75- Em outras palavras, a procura das fundações de apoio pelas IFES sempre teve o intento de buscar a prestação do serviço de gerenciamento administrativo e financeiro de projetos, ação essa motivada, como acima se falou, pela necessidade de *decremento transitório* de sua estrutura e com foco na disponibilização de agilidade e presteza na logística de execução do projeto. Isso pode ser verificado com muita facilidade na análise da essência dos negócios jurídicos firmados pelas IFES junto às suas respectivas fundações de apoio.

76- Nesse sentido, se é certo que o único serviço que uma fundação de apoio pode prestar a uma IFES é mesmo o gerenciamento administrativo e financeiro de projetos classificados como ações específicas, qual seria o núcleo desse serviço? Dito de outra forma para melhor esclarecer: em que consiste o serviço de gerenciamento administrativo e financeiro de projetos classificados como ações específicas?

77- Como ponderado, o que move a IFES a contratar uma fundação de apoio é a necessidade de *incremento transitório* de sua estrutura administrativa, notadamente na área de recursos humanos. Assim, a implementação dessas ações específicas demandaria da IFES, caso não houvesse a solução jurídica de se contratar a fundação de apoio, a alocação de mais pessoas em setores meio, como o setor de licitações e contratos, de fiscalização de contratos, de finanças e pagamentos, de gestão de patrimônio, bem como a alocação de pessoas para atuar na área fim do projeto, tais como pesquisadores, professores e técnicos com perfil especializado.

78- Tratando-se de uma demanda efêmera de serviços, além da necessidade de atender com rapidez e presteza a essas demandas e ações específicas, a IFES não poderia fazer crescer a sua máquina administrativa, por exemplo, por meio da realização de concursos públicos, surgindo daí, então, com base no princípio da autonomia universitária, a solução jurídica da fundação de apoio, que pode viabilizar, para a IFES, o atendimento a essa necessidade transitória de crescimento de sua estrutura.

79- Tomando-se por base esse retrato, já se pode visualizar, com certo grau de exatidão, em que consiste o serviço de gerenciamento administrativo e financeiro de projeto. Tal serviço consiste, pois, na realização, pela fundação de apoio, de *contratos e pagamentos* no interesse do projeto. É dizer, o serviço de gerenciamento administrativo e financeiro do projeto densifica-se no fato de a fundação de apoio fazer, *em nome próprio*, contratos e pagamentos no interesse do projeto ou da ação administrativa da IFES.

80- A estrutura do negócio jurídico entre a IFES e a fundação de apoio, destarte, materializa-se no seguinte esquema: a IFES assume a obrigação de transferir recursos à fundação de apoio para que esta, em nome próprio, e mediante remuneração previamente acertada, realize contratos e pagamentos para atender o projeto. E a fundação de apoio assume a obrigação de gerenciar tais recursos, fazendo contratos e pagamentos no interesse do projeto, prestando, ao final, contas à IFES quanto à legitimidade da aplicação dos recursos transferidos para gestão.

81- Observe-se, então, que a parte logística da execução do projeto, tais como a contratação e pagamento de serviços, de insumos e de pessoal necessários à execução do projeto é transferida pela IFES à fundação de apoio, permitindo-se que aquela se concentre na atividade fim do projeto[8].

82- Ao firmar o contrato de gestão do projeto com a fundação de apoio, note-se, a IFES fica despreocupada quanto a ter de providenciar, para a execução desse projeto, a contratação de serviços, a locação de bens, a realização de compras, a fiscalização desses contratos, a realização de pagamentos etc, concentrando suas ações, pois, apenas na execução do projeto e nos seus resultados.

83- *Mutatis mutandis*, verifica-se na estrutura desse negócio jurídico algo bastante próximo de um contrato de comissão (artigos 693 a 709 do Código Civil) com impacto direto na atividade fim da IFES, já que é possível que a fundação de apoio, na execução do contrato de gerenciamento administrativo e financeiro, providencie até mesmo a contratação de pesquisadores, docentes e técnicos com perfil especializado para atuar nos projetos, atuação essa, ressalta-se, plenamente embasada ou abrigada no princípio constitucional da autonomia universitária.

84- O objeto do negócio jurídico a ser acordado entre IFES e suas fundações de apoio, então, resume-se ao gerenciamento administrativo e financeiro de projetos classificados como ações específicas, sendo que gerenciar sob os aspectos administrativo e financeiro significa fazer contratos e pagamentos, em nome próprio, mas para atender as necessidades do projeto.

85- Não é difícil perceber, na atual quadra, que a Lei 8.958/94 precisa de adequação para que esse objeto seja melhor explicitado, máxime porque, se o que as IFES contratam com as fundações de apoio gira apenas em torno da gestão administrativa e financeira de projetos, o correto é colocar esse objeto como essência do negócio, e não como se fosse uma exceção, conforme sugere, hoje, o texto legal.

86- Ora, se se está diante de um contrato de gestão, cuja *necessidade e finalidade*, a essa altura, já conta com contornos jurídicos definidos, o correto é que se trate melhor da regulamentação desse contrato de gestão, definindo, no próprio texto da lei, requisitos e procedimentos mais precisos para a sua operabilidade, sobretudo porque as regras gerais de contratação contidas na Lei 8.666/93 não são suficientes para responder às peculiaridades desse contrato de gestão[9].

87- De qualquer modo, até que venha uma nova regulamentação sobre o tema, de *lege lata* há ainda um outro aspecto a considerar quanto ao objeto possível de ser acordado entre IFES e suas respectivas fundações de apoio.

88- Trata-se da palavra “necessária” contida na parte final do *caput* do art. 1º da Lei 8.958/94, incluída logo após a autorização para que a IFES contrate o serviço de gerenciamento administrativo e financeiro de projetos junto às fundações de apoio. É dizer, embora seja possível a contratação do serviço de gerenciamento administrativo e financeiro do projeto, a lei o restringiu às hipóteses *necessárias*.

89- Nesse sentido, como poderia ser interpretada essa palavra no contexto de uma contratação de fundação de apoio?

90- Como visto alhures, o que move a IFES rumo à contratação da fundação de apoio é a necessidade de crescimento transitório de sua estrutura para poder dar vazão a projetos classificados como ações específicas, os quais não poderiam ser adequadamente executados se a IFES fosse depender da sua estrutura permanente instalada.

91- Dentro dessa linha, há de se entender que a palavra “necessária”, na hipótese, está relacionada à exigência de se demonstrar, no caso concreto, que a estrutura permanente instalada da IFES não teria condições de absorver ou de atender a logística de execução do projeto. Feita tal fundamentação, nos autos do processo, a exigência legal estaria atendida.

II.B.2 - Considerações sobre a natureza jurídica do instrumento hábil a materializar o relacionamento entre IFES e fundações de apoio no ambiente da Lei 8.958/94

92- Por conta da especificidade do objeto do negócio jurídico possível de ser acordado entre IFES e fundações de apoio, tem havido razoável grau de divergência sobre o instrumento jurídico mais adequado para instrumentalizar tal negócio jurídico. Quase sempre, porém, a definição sobre o instrumento jurídico mais adequado (se contrato ou se convênio) é buscada não na essência de cada um desses instrumentos (interesses contrapostos, no caso do contrato, e interesses convergentes, no caso do convênio), mas sim em questões outras, as quais nem sempre levam a uma definição jurídica correta sobre a eleição adequada do instrumento.

93- Nesse sentido, e a título de exemplo, invoca-se o conteúdo do Acórdão nº 685/2013 – Segunda Câmara do TCU. Em tal acórdão, a CGU (Controladoria Geral da União) apontou ao tribunal que a UFRN, ao instrumentalizar o relacionamento com sua fundação de apoio por meio de contrato, acabou por violar o *iter* da despesa pública fixado pela Lei 4.320/64 (artigos 62 e 63). Para o referido órgão de controle interno, o simples fato de haver transferência de recursos para fins de gestão estaria a exigir que o negócio jurídico fosse instrumentalizado por meio de convênio, e não por meio de contrato, evitando-se, pois, a antecipação de pagamento.

94- Julgando o caso, o TCU decidiu que, quando se tratar de contrato, a UFRN deveria se abster de apropriar e/ou pagar despesas sem o prévio fornecimento de bens ou serviços.

95- Pelo que se percebe, a decisão não levou em conta a especificidade do objeto do negócio jurídico possível de ser firmado entre IFES e fundações de apoio no ambiente da Lei 8.958/94.

96- Como já destacado ao longo da presente peça, o único objeto possível de ser firmado entre IFES e fundações de apoio no ambiente da Lei 8.958/94 é a gestão administrativa e financeira de projetos classificados como ações administrativas específicas nas vertentes do ensino, da pesquisa, da extensão etc. E fazer a gestão desses projetos

importa em que a fundação de apoio faça contratos e pagamentos, em nome próprio, mas no interesse da execução do projeto, pelo que é necessário que haja transferência de recursos à contratada. Não haveria, pois, como uma entidade contratar outra para fazer-lhe gestão financeira e não repassar os respectivos recursos a serem geridos.

97- O certo, de toda forma, é que a transferência de recursos para gestão não opera qualquer metamorfose no relacionamento jurídico entre a IFES e fundação de apoio. Em outras palavras, não é porque há transferência de recursos que o negócio jurídico tem de ser firmado, necessariamente, por convênio. Se o caso é de contrato, ainda que haja transferência de recursos para gestão, deve continuar sendo tratado como contrato. E isso porque o que caracteriza um e outro instrumento não é o fato de haver transferência de recursos para gestão, mas sim a natureza dos interesses envolvidos (interesses contrapostos, no caso de contrato, e interesses convergentes, no caso de convênio).

98- Sem a menor dúvida, o negócio jurídico firmado entre IFES e fundações de apoio no ambiente da Lei 8.958/94 não caracteriza uma relação de convergência, de busca por um fim comum, nos moldes do exigido para a realização de convênio. Trata-se genuinamente de uma relação contratual de parceria: a IFES pretende a contratação de um serviço de gestão, com vistas a permitir o crescimento transitório de sua estrutura, e a fundação de apoio, mediante remuneração, põe-se à disposição para executá-lo. Tanto isso é verdade que se a IFES condicionasse a realização do negócio jurídico à apresentação de uma contrapartida por parte da fundação de apoio certamente que tal negócio jamais seria fechado. Isso parece bastante óbvio, já que a fundação de apoio não teria como se sustentar de outro modo.

99- Em verdade, a peculiaridade do caso está no fato de que o contrato firmado entre IFES e fundações de apoio apresenta-se como um contrato de gestão administrativa e financeira, o que pressupõe a transferência de recursos a serem geridos. Note-se, pois, que em contratos deste jaez a IFES transfere dois tipos de recursos para a fundação de apoio: recursos a serem geridos e recursos para pagamento pelos serviços de gestão que lhe serão prestados.

100- Tal situação, ademais, não é novidade no direito pátrio, tendo em vista, sobretudo, o contido na Lei 9.637/98, que também trata de uma modalidade especial de *contrato de gestão* e cuja finalidade é a de criar uma relação de parceria, tal qual a parceria que há entre IFES e fundação de apoio, a qual, inclusive, pressupõe um credenciamento junto aos ministérios competentes.

101- De qualquer modo, e com a devida *venia* aos entendimentos contrários, essa peculiaridade do negócio jurídico não tem o condão de retirar-lhe a sua natureza contratual. Em outras palavras, mesmo havendo transferência de recursos para gestão, o certo é que a relação jurídica travada é essencialmente contratual, já que os recursos transferidos para gestão constituem apenas insumos para a execução do contrato de gestão, o qual, sabe-se, é um contrato de *gestão administrativa e financeira*.

102- Para além disso, tenho que a adoção do convênio, além de tecnicamente inadequada, também levaria a um outro problema de ilegalidade intransponível. É que praticamente toda a receita que mantém em funcionamento a fundação de apoio advém dos negócios jurídicos que ela firma com a UNIFAP ou por intermédio do credenciamento que possui com a UNIFAP, de maneira que se fosse convênio o instrumento a instrumentalizar o negócio, ter-se-ia que a UNIFAP estaria a subvencionar, sem autorização legal específica, a existência e funcionamento de um ente privado, o que não é possível frente ao contido no artigo 26 e §§ da Lei Complementar 101/2000 (LRF), *verbis*:

"Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou défits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 1º O disposto no caput aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípua, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital."

103- Possivelmente, grande parte da existência de tal problema está relacionada ao fato de o SIAFI, *em se tratando de contrato*, considerar que todos os recursos transferidos têm o efeito de *pagamento*. Em outras palavras, o que se tem é que, a despeito de sua previsão legal (artigo 1º da Lei 8.958/94), o sistema de execução orçamentária da União ainda não está preparado ou não reconhece a existência de *contratos de gestão financeira*, o que leva à equivocada ideia

de que, nos pactos firmados entre IFES e fundações de apoio, ocorra antecipação de pagamentos, violando-se os artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64.

104- Sob nosso ponto de vista, o fato de haver transferência de recursos para gestão não altera a natureza contratual desses negócios jurídicos, seja porque não há interesses convergentes, o que é exigido no convênio, seja porque o sistema jurídico pátrio reconhece a existência do contrato de gestão financeira na hipótese (artigo 1º da Lei 8.958/94). Não se pode olvidar, ainda, que a fundação de apoio não tem condições financeiras e patrimoniais para prestar o serviço de gestão financeira à IFES sem ser remunerada para tanto. Ela, pois, necessita de remuneração para prestar o serviço de apoio à IFES que lhe contratou, sendo que esse fato é mais que suficiente para afastar toda e qualquer dúvida sobre a natureza contratual do referido negócio jurídico, vez que em convênio jamais se poderia falar de remuneração do conveniente pelo respectivo concedente.

105- É de se ter em mente, outrossim, que os negócios jurídicos contratuais encontram-se devidamente conceituados em lei (artigo 2º, *parágrafo único*, da Lei 8.666/93), sendo que o ponto fundamental em tal conceituação é a existência de reciprocidade de obrigações entre as partes do negócio, o que casa integralmente com a situação verificada no relacionamento entre IFES e fundações de apoio.

106- Assim, o que se tem a fazer na hipótese é a construção de sistemas operacionais aptos a reconhecer o contrato de gestão administrativa e financeira entre IFES e fundações de apoio. Mas até que tais sistemas sejam construídos e ou adaptados, a orientação é no sentido de que o instrumento de contrato deixe bem claro, de um lado, o montante de recursos que será transferido para ser gerido pela fundação de apoio e, de outro lado, o montante que será transferido a título de pagamento pelos serviços de gestão contratados, tudo isso, evidentemente, mediante os devidos detalhamentos unitários dos valores no respectivo projeto básico que vier a orientar a contratação. Em relação a esse último tipo de recurso, cabe salientar que se aplica integralmente o contido nos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64, não podendo haver pagamento antecipado[9]. Quanto ao primeiro, porém, além de ser necessária a devida prestação de contas ao final do contrato, a recomendação é para que se exija da fundação de apoio a devida e tempestiva aplicação financeira, a exemplo dos convênios.

II.B.3 -Sobre a legalidade do objeto a ser acordado

107- Como se sabe, a contratação de fundação de apoio por parte das IFES tem sido objeto de intenso debate no âmbito dos órgãos de controle, sobretudo por conta de alguns abusos encontrados em algumas universidades. O Tribunal de Contas da União, em julgado macro sobre o tema (Acórdão 2731/2008 – Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz), apreciou em profundidade as questões que envolvem as relações entre as fundações de apoio e as IFES.

108- No que toca à contratação de fundação de apoio para prestar serviços de apoio a *projetos temporários nas vertentes do ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação*, extrai-se do julgado do TCU acima referido que, uma vez obedecidos os condicionamentos e procedimentos legais, não há vedação.

109- É preciso, de qualquer modo, que se esteja a contratar o serviço de apoio para atender, de fato, a um dos projetos acima referidos, estando, destarte, afastada a possibilidade de contratação de objetos genéricos ou desvinculados de projeto específico nas vertentes acima referenciadas.

110- Nesse sentido, o compulsar dos autos revela que o Projeto “DE EXTENSÃO DE EXCELÊNCIA PARA CONCURSOS PÚBLICOS- PEEC” recebeu a classificação como projeto de extensão. Ressalta-se, ainda, que da instrução do processo consegue-se abstrair que é um *projeto temporário nas vertentes do ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional e científico*.

111- **Seguindo na análise**, verifica-se que o objeto a ser contratado não é genérico, tratando-se, pois, da gestão administrativa e financeira de projeto cujas ações encontram-se delineadas nos autos, inclusive no tempo, não sendo, destarte, projeto com prazo indeterminado de execução, a caracterizar ação permanente.

112- Conforme as justificativas apresentadas pelas áreas técnicas UNIFAP, está-se diante de *projeto/ação de desenvolvimento institucional*, pelo que é preciso que a Administração leve em conta, para a legalidade do ato de contratação, as disposições específicas contidas nos §§ do artigo 1º da Lei 8.958, de 1994, com redação determinada pela Lei 12.349/2010, *verbis*:

"Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)

§ 1º Para os fins do que dispõe esta Lei, entendem-se por desenvolvimento institucional os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das IFES e demais ICTs, para cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no plano de desenvolvimento institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 2º A atuação da fundação de apoio em projetos de desenvolvimento institucional para melhoria de infraestrutura limitar-se-á às obras laboratoriais e à aquisição de materiais, equipamentos e outros insumos diretamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 3º É vedado o enquadramento no conceito de desenvolvimento institucional, quando financiadas com recursos repassados pelas IFES e demais ICTs às fundações de apoio, de: (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

I - atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina, bem como as respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de pessoal; e (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

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

§ 4º É vedada a subcontratação total do objeto dos ajustes realizados pelas IFES e demais ICTs com as fundações de apoio, com base no disposto nesta Lei, bem como a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 5º Os materiais e equipamentos adquiridos com recursos transferidos com fundamento no § 2º integrarão o patrimônio da contratante. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)"

113- Observe-se, pois, que para ser viável a contratação de fundação de apoio para fazer a gestão de projeto que se caracterize como **desenvolvimento institucional** são necessários: **a)** que o projeto, programa, atividade ou operação especial a ser apoiado leve à melhoria mensurável das condições da IFES; **b) que o projeto, programa, atividade ou operação especial a ser gerido/apoiado esteja descrito e/ou definido no Plano de Desenvolvimento Institucional - PDI da entidade apoiada;** **c)** tratando-se de implementar melhoria de natureza infraestrutural, o contrato de serviço de gestão/apoio deve se limitar às obras laboratoriais e à aquisição de materiais, equipamentos e outros insumos diretamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica; **d)** que o contrato de serviço de apoio não tenha por objeto atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina, bem como as respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de pessoal.

114- Na hipótese dos autos, verifica-se que o único ponto que não se encontra claro nos autos é o item "b", o que deve ser providenciada a comprovação antes da assinatura do contrato.

115- Em suma, desde que seja obedecida a regência da Lei 8.958, de 1994, alterada pelas Leis 12.349/2010, 12.863/2013 e 13.243/2016, devidamente regulada pelo Decreto 7.423, de 2010, não haverá óbices legais quanto ao objeto a ser contratado.

116- De qualquer forma, para além do cumprimento dos requisitos contidos nos itens acima, o fundamento do procedimento para tal contratação também precisa atender aos requisitos formais contidos analisados no tópico seguinte.

II.B.4 - Sobre os fundamentos formais do procedimento da contratação

117- Pelo que se infere dos autos, os fundamentos formais do procedimento da contratação encontra-se nos artigos 1º e 2º da Lei 8.958/94, *verbis*:

"Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas -ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, **desenvolvimento institucional**, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)

§ 1º Para os fins do que dispõe esta Lei, entendem-se por desenvolvimento institucional os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das IFES e demais ICTs, para cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no plano de desenvolvimento institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 2º A atuação da fundação de apoio em projetos de desenvolvimento institucional para melhoria de infraestrutura limitar-se-á às obras laboratoriais e à aquisição de materiais, equipamentos e outros insumos diretamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 3º É vedado o enquadramento no conceito de desenvolvimento institucional, quando financiadas com recursos repassados pelas IFES e demais ICTs às fundações de apoio, de: (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

I - atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina, bem como as respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de pessoal; e (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

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

§ 4º É vedada a subcontratação total do objeto dos ajustes realizados pelas IFES e demais ICTs com as fundações de apoio, com base no disposto nesta Lei, bem como a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 5º Os materiais e equipamentos adquiridos com recursos transferidos com fundamento no § 2º integrarão o patrimônio da contratante. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010).

(...)

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

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

II - à legislação trabalhista;

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

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

118- Para a incidência do referido dispositivo, então, são requisitos: **1)** a Administração contratante tem de ser uma instituição federal de ensino superior ou de pesquisa científica e tecnológica; **2)** a instituição contratada precisa comprovar que: (i) foi criada sob a forma de fundação de direito privado e com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante; e que (ii) seus estatutos expressamente disponham sobre a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; **3)** o objeto do contrato precisa estar relacionado ao apoio a projetos de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico ou estímulo à inovação; **4)** não ter a contratada fins lucrativos; **5)** contrato por prazo determinado; **6)** registro e credenciamento vigentes junto ao Ministério da Educação e da Ciência e Tecnologia.

119- Analisem-se.

120- O **primeiro requisito** encontra-se preenchido, uma vez que a Administração contratante, aqui, é a UNIFAP.

121- Em relação ao **segundo requisito**, tenho que se encontra preenchido, visto os termos do Estatuto Social da FUNDAPE anexado aos autos (art. 3 e 4 do Estatuto).

122- **Quanto ao terceiro requisito, para que haja o cumprimento, sugiro que seja feita alteração na CLÁUSULA PRIMEIRA- DO OBJETO na Minuta do contrato anexada aos autos para passar a constar a seguinte redação: "Gestão Administrativa e financeira do Projeto de Extensão de Excelência para Concursos Públicos- PEEC, de acordo com o plano de aplicação do projeto registrado sob o n. 53/2019, com recursos financeiros provenientes de ..."**

123- No que toca ao **quarto requisito**, tem-se que se encontra preenchido, porquanto o estatuto juntado aos autos aponta que a FUNDAPE não tem fins lucrativos.

124- Em relação ao **quinto requisito** legal, qual seja, se o contrato será firmado por prazo determinado, é possível entender que sim, uma vez que a minuta juntada informa que a relação jurídica terá vigência de doze meses.

125- **Por último, sinale-se que o preenchimento do sexto requisito está demonstrado PARCIALMENTE no caderno processual, uma vez que restou juntada a cópia da publicação (no Diário Oficial da União de 12.02.2014) da Portaria Conjunta nº 42, de 24 de julho de 2017 e da Portaria Conjunta n. 100, de 27 de dezembro de 2016. No entanto, não se encontra anexado aos autos o comprovante de que a FUNDEP pode atuar como fundação de apoio da UNIFAP.**

126- **Recomenda-se**, pois, pela correção dos pontos pendentes, conforme acima ponderado.

II.B.5 - Sobre a instrução do processo de dispensa de licitação

127- A matéria em epígrafe - instrução de processos de contratação por dispensa de licitação - encontra-se talhada no artigo 26, *parágrafo único*, da Lei 8.666/93. Com efeito, é esta a redação da norma, *verbis*:

"Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço;

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados".

128- Como se observa, é exigência da lei, para instrução de qualquer processo de contratação por dispensa, as seguintes condutas do administrador: **a)** justificativa da situação que motivou a dispensa; **b)** justificativa da escolha do fornecedor; **c)** justificativa do preço; e **d)** ratificação da dispensa pela autoridade competente e publicação no prazo de 05 dias.

129- Analisem-se.

130- Quanto à justificativa da situação que está a motivar a dispensa, verifica-se que consta nos autos a Justificativa para Dispensa de Licitação / Fundação de Apoio Nº 3/2019 - DACE.

131- No que toca à escolha do fornecedor/fundação, a contextualização dos autos demonstra que há justificativa. Com efeito, levando em conta o tipo de objeto que se pretende contratar, e considerando que há apenas UMA fundação privada credenciadas como fundação de apoio da UNIFAP, penso que está justificada a escolha do fornecedor do serviço de gestão.

132- Fica o registro, entretanto, que justificar a escolha de um fornecedor de serviços importa também na análise dos requisitos de habilitação[10] exigidos para a contratação, inclusive quanto à juntada aos autos das declarações de (i) não-impedimento para contratar com a Administração pública, de (ii) não-contratação de menores e (iii) de condições específicas quanto a habilitação técnica, quando for o caso.

133- Em relação à justificativa do preço, penso que a instrução dos autos está a atender a exigência legal, porquanto restou juntado aos autos o detalhamento do custo operacional a ser ressarcido à FUNDAPE. Fica o registro, de qualquer modo, que essa Procuradoria Federal não entra no mérito da metodologia utilizada para detalhar o custo operacional da fundação, vez que se trata de questão técnica afeta à área de planejamento. Por fim, orienta-se para que não se esqueça da ratificação da dispensa pela autoridade competente e publicação no prazo de lei.

II.B.6 - Sobre a minuta de contrato

134- A bússola orientadora da confecção de um contrato administrativo encontra-se no artigo 55 da Lei 8.666/93. É nesse dispositivo que se busca o conteúdo básico do contrato. Tratando-se de contratação de fundação de apoio, também é necessária plena observância das regras fixadas na Lei 8.958/94, no Decreto 7.423/10 e em outros diplomas, legais e infra-legais, cujos reflexos jurídicos estão a alcançar a situação em tela.

135- No caso, a análise empreendida permite concluir que o texto minutado **está** a atender os requisitos essenciais da lei, sugerindo-se apenas a alteração da redação da cláusula primeira, conforme já exposto no item 122 do presente opinativo.

II.B.7 – Sobre a habilitação da contratada

136- Para contratar com a Administração, ainda que por dispensa de licitação, é necessário que o fornecedor contratado esteja regular para com o FGTS, tributos federais e dívida ativa da União, Previdência Social, a Justiça do Trabalho, CEIS, CNJ e as fazendas estadual e municipal. Recomenda-se, assim, sejam verificadas essas situações antes da contratação.

III – Conclusão

137- Com as observações, sugestões, orientações e recomendações acima **(itens: 5, 8, 9, 17, 32, 33, 34, 91, 114, 122, 125, 132 e 136 do presente opinativo), e desde que previamente atendidas e superadas, APROVO** a minuta de contrato juntada aos autos, o que o faço na forma do artigo 38, *parágrafo único*, da Lei 8.666/93 c/c Lei Complementar nº 73/93 e artigos 131 e 133 da Constituição da República.

138- Não foram objeto de análise, até porque desbordam da atribuição dessa Procuradoria Federal, a conveniência e oportunidade da contratação, nem aspectos técnicos inerentes ao objeto a ser contratado.

140- Outrossim, havendo uso de bens imóveis da UNIFAP por parte da fundação de apoio a ser contratada, é necessário o devido ressarcimento à Administração, tendo em vista o disposto no artigo 5º da Lei 6.120/74

c/c artigo 6º da Lei 8.958/94 (com redação conferida pela Lei 12.349, de 2010).

141- Recomenda-se a leitura e observância do Decreto 7.423, de 2010, sobretudo no que concerne aos seus artigos 12 e 13.

142- Havendo alguma dúvida, omissão ou contradição, essa Procuradoria Federal está à disposição dos órgãos da Universidade para os esclarecimentos jurídicos devidos, de maneira a viabilizar a execução das ações dentro da legalidade.

143- O presente parecer substitui integralmente o Parecer n. 000160/2019/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU.

144- Com os cumprimentos de estilo, devolvam-se os autos à origem .

Macapá, 12 de novembro de 2019.

LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA
Procuradora-Chefe

[1] Art. 6º. (...) IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: (...)

[1] Acórdão 2.731/2008 – Plenário do TCU.

[2] Importante ponderar, no ponto, que a questão não está relacionada às atividades que podem ser terceirizadas na forma do Decreto 2.271/97, uma vez que as fundações de apoio, conforme se extrai da Lei 8.958/94, somente podem ser contratadas pelas IFES para apoiar a sua atividade-fim, jamais a sua atividade-meio, a qual pode ser terceirizada mediante prévia licitação.

[3] Quanto ao ponto, cumpre ponderar que o marco legal das fundações de apoio (Lei 8.958/94), embora abrigue tais finalidades e já tenha sido alterado em três oportunidades (Leis nºs 12.349/2010, 12.863/2013 e 13.243/2016), não se apresenta tão preciso como deveria, causando ainda, em certa medida, inseguranças jurídicas. **Primeiro**, porque não é muito claro quanto à possibilidade de contratação de pessoal do quadro da própria IFES, pela fundação de apoio, para atuar nos projetos apoiados, que são da própria IFES contratante. Prevê a possibilidade do pagamento de bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão ao pessoal da própria IFES, mas não na contratação desse pessoal, onde a redação da lei apresenta-se não só deficiente, mas também conflituosa, já que confunde atuação nas atividades da fundação de apoio, que, como se verá mais à frente, se resumem ao gerenciamento administrativo e financeiro do projeto, com atuação no próprio projeto. **Segundo**, porque alguns tipos de bolsas, como as bolsas de extensão, quase sempre pressupõem a contraprestação por serviços prestados, deixando a IFES com razoáveis dúvidas sobre se é possível ou não o pagamento da bolsa quando a gestão do projeto estiver a cargo da fundação de apoio, inclusive quanto ao aspecto da tributação, seja de IRPF, seja quanto à Previdência Social.

[4] A agilidade e presteza na logística de execução do projeto são encontradas na fundação de apoio, sobretudo, pelo fato de que tais instituições não estão obrigadas a licitar e contratar nos mesmos moldes exigidos da Administração Pública. Isso passou a ter vigência a partir da edição da Lei 12.863/2013, quando então as fundações de apoio passaram a ser tratadas, quanto a esse aspecto, de forma parecida com as OS (Lei 9.637/98, artigo 17) e com as OSCIP (Lei 9.790/99, artigo 14), entidades essas que, mesmo quando estão a gerenciar a aplicação de recursos públicos,

não estão obrigadas a licitar nos mesmos moldes aplicáveis à Administração Pública, podendo ter regulamentos próprios de licitações e contratações.

[5] Alterada pelas Leis nºs 12.349/2010 e 12.863/2013.

[6] Como será esclarecido em tópico específico deste parecer, a referência pelo art. 1º da Lei 8.958/94 ao artigo 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93 pode ser a causa de grande parte dos equívocos, desencontros e incompreensões quanto ao real papel das fundações de apoio, vez que esse último dispositivo, a rigor, trata de uma situação de dispensa de licitação completamente estranha à dispensa de licitação contida no primeiro dispositivo referido.

[7] Importante lembrar, aqui, que o gerenciamento administrativo e financeiro realizado pela fundação de apoio tem de necessariamente estar atrelado à execução de um projeto (classificado como ação específica) nas vertentes do ensino, da pesquisa, da extensão ou do desenvolvimento institucional, tecnológico e científico ou estímulo à inovação, jamais sendo possível que a fundação de apoio seja contratada para fazer o gerenciamento administrativo e financeiro de ações permanentes da IFES, como já ocorreu no passado sob o pálio do elástico conceito que se atribuía a “projetos de desenvolvimento institucional”, mas que é, hoje, expressamente vedado pelos §§ do artigo 1º da Lei 8.958/94, com redação alterada pela Lei 12.349/2010.

[8] Entre muitos outros aspectos, pondera-se que os prazos contratuais previstos na Lei 8.666/93 não têm a menor condição de atender a contento as peculiaridades do contrato de gestão de que trata a Lei 8.958/94.

[9] O projeto básico da contratação deverá prever um cronograma físico-financeiro, bem como a fixação de balizas e unidades de medidas adequadas para, após as respectivas medições do serviço de gestão, promover-se o devido pagamento à fundação de apoio. Da mesma sorte, a transferência dos recursos a serem geridos pode ser feita em cotas, na medida da evolução do cronograma físico-financeiro.

[10] Habilitação jurídica, fiscal, técnica e econômica, conforme o caso.

[11] Registra-se que os autos do processo legislativo que levou à sanção da Lei 8.958/94, inclusive o texto do parecer do relator do projeto na Câmara dos Deputados, não trazem qualquer informação sobre a razão da referência ao artigo 24, XIII, da Lei 8.666/93.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23125021162201999 e da chave de acesso bae4e3ea