

O RELACIONAMENTO DAS FUNDAÇÕES DE APOIO COM ÓRGÃOS DE ENSINO E PESQUISA PÚBLICOS COM APORTE FINANCEIRO DE EMPRESA PRIVADA

*THE RELATIONSHIP OF FOUNDATIONS SUPPORT TO EDUCATION
AND PUBLIC RESEARCH AGENCIES WITH FINANCIAL
CONTRIBUTION OF PRIVATE COMPANY*

*Marcos da Silva Couto¹
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição e Registro; 2 Da Finalidade; 3 Do Instrumento; 4 Da Gestão Financeira, do Controle e das Compras; 5 Conclusão; Referências.

¹ Procurador Chefe do Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro. MBA em Direito Econômico no IBEMEC – Rio de Janeiro

RESUMO: A Lei 8.958/94 veio dispor a respeito das relações entre as IFES e ICTs com as Fundações de Apoio. Todavia, com as alterações que foram sendo introduzidas na legislação podemos distinguir claramente três campos de normatização. O primeiro, previsto no artigo 1º, trata especificamente do relacionamento das entidades apoiadas com as fundações. Já no artigo 1º-A temos a previsão do relacionamento da FINEP, FNDCT, CNPq, agências financeiras oficiais de fomento e empresas públicas e sociedades de economia mista com as fundações de apoio, com o objetivo de dar apoio às IFES e ICTs. Por fim, o artigo 1º-B trata o relacionamento das organizações sociais e entidades privadas com as fundações de apoio, também com a finalidade de dar apoio às IFES e ICTs. O presente artigo tem por objetivo realizar um estudo acerca do relacionamento entre as Fundações de Apoio e as Instituições Científicas e Tecnológicas – ICT's, quando houver a participação de entidades privadas, especificamente quando estas atuam como financiadoras de um projeto. Considerando a gama de assuntos que envolvem estes relacionamentos, iremos focar nos aspectos formais previstos nas Leis 8.958/94, 10.973/2004, 13.019/2014 e 13.243/2016 e nos Decretos 7.423/2010, 8.240/2014 e 8.241/2014, em especial nos seguintes aspectos: finalidade principal deste relacionamento, constituição e registro das Fundações de Apoio, instrumento a ser utilizado pelas partes e, por fim, na gestão financeira, no controle e nas compras.

PALAVRAS- CHAVE: Fundação de Apoio. Constituição e Registro. Gestão Financeira.

ABSTRACT: The law 8958 / 94 became available about the relationship between IFES and ICTs with the Foundations Support. However, with the changes that have been introduced in the legislation we can clearly distinguish three regulation fields. The first, refereed in Article 1 deals specifically with the relationship of the entities supported with the foundations. Already in Article 1a have the weather FINEP relationship FNDCT, CNPq, official development financing agencies and public enterprises and joint stock companies with the support foundations, with the aim of providing support to IFES and ICTs. Finally, Article 1-B deals with the relationship of social organizations and private entities with support foundations, also for the purpose of providing support to IFES and ICTs. This article aims to conduct a study about the relationship between the Foundation for the Support and Scientific and Technological Institutions - ICT's, when the participation of private entities, specifically when it acts as financier of a project. Considering the range of issues surrounding these relationships, we will focus on formal aspects provided

for in Laws 8.958/94, 10973/2004, 13019/2014 and 13243/2016 and the Decree 7423/2010, 8240/2014 and 8241/2014, in particular the following: the main purpose of this relationship, constitution and registration of Foundations support, instrument to be used by the parties and, finally, financial management, control and purchases

KEYWORDS: Support Foundation. Constitution and Registration. Financial Management.

INTRODUÇÃO

Dois dos principais pilares que alavancam o desenvolvimento de um país são, indubitavelmente, a educação e a área de ciência e tecnologia, especialmente no que diz respeito à inovação.

No Brasil, em virtude da política da conta única do tesouro instituída pelo Decreto nº 93.782/86, os investimentos que eventualmente empresas privadas desejassem aportar em uma determinada área de pesquisa que estivesse em desenvolvimento por algum órgão da administração indireta obrigatoriamente deveriam ser alocados na conta única.

Com isso, o retorno deste valor na forma de orçamento para a entidade que se encontrava desenvolvendo determinada pesquisa, muitas vezes não tinha a agilidade que seria necessária para o avanço do trabalho em desenvolvimento.

Com o advento da Lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994, abre-se um novo horizonte. É certo que no entendimento da Controladoria Geral da União somente a partir da edição da Lei 12.863/2013, que trouxe profundas alterações no normativo anterior, é que a questão relativa à captação de recursos passou a ser regulada adequadamente.

Independentemente desta discussão, o fato é que hoje as Fundações de Apoio atuam de forma constante junto às IFES e ICT's na área de captação e gestão de recursos, sem ingresso na Conta Única do Tesouro.

1 CONSTITUIÇÃO E REGISTRO

As Fundações de Apoio devem estar constituídas na forma de uma Fundação de direito privado, sem fins lucrativos, na forma do Código Civil, aplicando-se os artigos 62 a 69. Deve ainda constar expressamente no

seu estatuto a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

Apesar de desnecessário, por já ser uma exigência do Código Civil, a lei especial determina que deverá sofrer a fiscalização do Ministério Público.

Além disso, deverão obter registro e credenciamento, com validade de dois anos, renováveis por iguais períodos, desde que cumpridas as formalidades previstas na legislação, junto ao Ministério da Educação e o Ministério da Ciência e Tecnologia, que analisarão o pedido através de um grupo de apoio técnico.

Importante assinalar que alguns requisitos que são indispensáveis para a aprovação do pedido demonstram claramente a intenção do legislador no sentido de que a Fundação de Apoio e a instituição apoiada tenham grande aproximação.

O primeiro é que a composição dos órgãos dirigentes da Fundação deverá ter mais da metade de seus membros indicados pela instituição apoiada.

O segundo é a necessidade da apresentação da ata de deliberação do órgão superior da entidade apoiada manifestando sua concordância com o registro e credenciamento.

Por fim, também é documento indispensável a apresentação de norma aprovada pelo órgão superior da instituição apoiada disciplinando o seu relacionamento com a fundação de apoio, especialmente quanto aos projetos desenvolvidos.

Nota-se com isso que o legislador pretendeu dar um desenho às Fundações de Apoio de forma a que estejam intimamente ligadas às instituições apoiadas.

E não poderia ser diferente.

O modelo de relacionamento que se pretende é de alinhamento e convergência de ações que busquem atender os interesses e projetos da entidade apoiada na área de ensino, ciência, tecnologia e inovação.

Cumprir registrar que a atuação da Fundação de Apoio não está adstrita a um único órgão, podendo apoiar mais de uma IFE ou ICT desde que seja compatível com o objetivo da instituição a que está vinculada e mediante autorização do grupo de apoio técnico que analisa o registro e credenciamento.

2 DA FINALIDADE

A finalidade do relacionamento entre as IFES e ICT's com as Fundações de Apoio está prevista no artigo 1º da Lei 8.958/94: o apoio a projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação.

Tal apoio se dá, primordialmente, através da gestão administrativa e financeira dos recursos que forem aportados no projeto.

Parece-nos que os conceitos vindos da lei são bastante genéricos e a análise, por exemplo, se determinada atividade se coaduna com o conceito de “*projeto de pesquisa*”, acaba entrando no campo da subjetividade.

Por tal motivo, o Tribunal de Contas da União já se posicionou firmemente sobre este tema, como se pode notar no Acórdão 1405/2016:

25. É farta a jurisprudência no Tribunal a respeito do tema, podendo-se destacar o seguinte excerto do voto do Ministro José Jorge, condutor do Acórdão 2.674/2014–TCU–Segunda Câmara:

3.4. Além disso, não se pode desconsiderar a grande quantidade de determinações precedentes deste Tribunal. O TCU, por meio de reiteradas deliberações (Decisões Plenárias nºs 252/1999, 30/2002, 655/2002 e 1140/2002 e Acórdãos/TCU nºs 120/2002, 342/2002, 523/2003, 668/2003, 1934/2004, 328/2005 (Plenário), 1292/2003, 1306/2003, 249/2002, 890/2003, 1909/2003 (1ª Câmara), 217/2002 e 813/2003 (2ª Câmara), *já havia firmado, de maneira uniforme, o entendimento de que os contratos e convênios realizados entre as instituições federais de ensino superior e suas fundações de apoio devem estar diretamente vinculados a projetos perfeitamente identificáveis, com geração de um produto definido nas áreas de pesquisa, ensino ou efetivo desenvolvimento institucional, não cabendo a contratação de atividades continuadas, desvinculadas de projeto específico.* (grifo nosso)

3.5. O dispositivo legal contido no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações não pode ser usado como mero meio de burla à obrigação constitucional e legal de licitar. As contratações com dispensa de licitação de fundações de *apoio* pelas instituições federais de ensino superior devem limitar-se ao escopo definido no art. 1º da Lei 8.958/1994, quais sejam: *apoio* a projetos de

pesquisa, ensino, extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes. (Processo 026.021/2015-3 – Plenário Relator Bruno Dantas)

Conclui-se, portanto, que ante a dificuldade de conceituação é necessário que se observe alguns requisitos, tais como o prazo determinado, projeto identificável e a geração de um produto definido.

Por tal motivo eventuais prorrogações da avença entre as partes devem ser clara e objetivamente justificadas, sob pena de se caracterizar como uma indeterminação no seu prazo.

No mesmo sentido não é possível que o resultado esperado esteja apontado de forma genérica, sendo imprescindível a precisa delimitação do produto que se deseja alcançar.

É óbvio, que por estarmos tratando de pesquisa, eventualmente o objetivo que se espera alcançar acaba sendo desviado por motivos que fogem do controle e que é inerente à própria atividade da pesquisa. Todavia o que a lei exige é que no projeto se apresente de forma clara o produto pretendido.

Por outro lado, o conceito de desenvolvimento institucional está mais objetivamente definido pela legislação no artigo 1º § 1º da Lei 8.958/94, assim como no artigo 2º do Decreto 7.423/2010.

É absolutamente vedada a contratação de serviços que venham a ser prestados em favor da instituição e não do projeto, tais como recepção, copeiragem, reprografia, entre outros.

No que diz respeito à intervenção na área infraestrutural, material ou laboratorial, ela é permitida desde que esteja vinculada às obras laboratoriais, aquisição de materiais, equipamentos e insumos diretamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica.

Em resumo, qualquer contratação, compra ou obra efetuada através de uma Fundação de Apoio não pode ter como foco as atividades administrativas ou rotineiras da entidade apoiada, mas deve estar baseada em um plano de trabalho e projetos voltados exclusivamente para a área de inovação e pesquisa científica e tecnológica.

3 DO INSTRUMENTO

Questão que apresenta muita discussão é exatamente a respeito de qual instrumento deve ser utilizado.

O artigo 8º do Decreto 7.423/2010 aponta que a formalização entre as partes para a realização de projetos institucionais devem ser feitas através de “*contratos, convênios, acordos ou ajustes individualizados.*”

Na diferenciação clássica da doutrina administrativista os contratos têm como característica a contraposição de interesses e a contraprestação das partes enquanto que os convênios caracterizam-se por objetivos institucionais comuns, a busca de um resultado comum e a mútua colaboração entre as partes.

Termos ou acordos de colaboração ou ainda termos de cooperação, que são as expressões utilizadas pela legislação, apresentam características semelhantes aos convênios.

Se pegarmos emprestada a conceituação da Lei 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, teremos que:

parceria é um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes da relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação

Assim, parece-nos que as avenças em que figurem as entidades apoiadas, as Fundações de Apoio e um terceiro, como por exemplo, uma entidade privada, que é o objeto deste estudo possui características que a aproximam mais dos convênios e acordos do que dos contratos.

Neste modelo temos a ICT se dedicando ao desenvolvimento da pesquisa propriamente dita, a Fundação de Apoio como gestora dos recursos financeiros e a entidade privada como financiadora do projeto.

Fica evidente, no caso, não a contraposição entre as partes mas sim objetivos comuns, a busca de um resultado comum e a mútua colaboração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao fazer a diferenciação entre contratos e convênios aponta que:

b) os entes conveniados têm *objetivos institucionais* comuns e se reúnem, por meio de convênio, para alcançá-los; por exemplo, uma universidade pública – cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade – celebra convênio com outra entidade, pública ou privada, para realizar um estudo, um projeto, de interesse de ambas, ou para prestar serviços de competência comum a terceiros; (...)²

A ilustre administrativista, porém, apresenta uma ressalva com relação aos convênios:

Quanto ao convênio entre entidades públicas e particulares, a possibilidade de sua celebração foi bastante restringida pela Lei nº 13.019, de 31-7-14, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. Esta lei previu, como instrumentos para celebração do ajuste, os chamados *termos de colaboração*, *termos de fomento* e acordos de cooperação e, no artigo 84, restringiu os convênios e parcerias firmadas entre os entes federados, salvo nos casos expressamente previstos.

Portanto, a partir da entrada em vigor dessa lei (que ocorrerá 540 dias após a sua publicação, conforme Medida Provisória nº 684, de 29-10-14, convertida na Lei nº 13.204, de 14-12-15), os convênios somente serão possíveis entre entes públicos; entre entes públicos e particulares são possíveis apenas na área da saúde, com fundamento no artigo 199 da Constituição Federal”³

De fato, o artigo 84-A da Lei 13.019/2014 restringiu a utilização dos convênios nas hipóteses em que forem partes entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas e ainda as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos na área de saúde.

A dúvida é se a restrição imposta dirige-se a toda ou qualquer avença que envolva órgão público ou se está restrita às parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

3 *Ibidem*.

Parece-nos que a melhor interpretação é a restritiva.

Com efeito, caso o legislador pretendesse que tal norma recaísse também nos casos em que há a participação de **fundação pública** deveria ter alterado o artigo 1º da Lei 8.958/94, que usa a expressão convênios.

Assim, a possibilidade da utilização do convênio foi afastada quando a relação se der entre a administração pública e organizações da sociedade civil.

Importante ainda ressaltar que, **apesar das Fundações de Apoio se aproximarem da definição de organização da sociedade civil prevista no artigo 2º, inciso I alínea “a” da Lei 13.019/2014, elas possuem características próprias e, mais importante, uma lei especial que trata do seu relacionamento com as entidades públicas.**

4 DA GESTÃO FINANCEIRA, DO CONTROLE E DAS COMPRAS

Ao mesmo tempo em que o legislador criou uma opção de investimento na área de pesquisa **para que recursos aportados por terceiros não tenham que ingressar na conta única do tesouro**, ele também criou alguns mecanismos de controle e fiscalização na gestão destes recursos.

O legislador impôs que o controle da gestão dos recursos destinados às Fundações de Apoio seja exercido precipuamente pela entidade apoiada e também pelos órgãos de controle governamental, na forma do artigo 3º - A, incisos II e III da Lei 8.958/94.

Nas referidas normas está disposto que a execução dos convênios previstos na lei, as Fundações de Apoio devem submeter-se ao controle de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar e ao controle finalístico pelo órgão de controle governamental competente.

Desta forma, **é dever da instituição apoiada criar mecanismos de controle que visem à verificação do fiel cumprimento das normas no que diz respeito, por exemplo, à concessão de bolsas, à correta aplicação dos recursos, à não ocorrência de favorecimento nas contratações de servidores ocupantes de cargo de direção superior, bem como seus parentes até o terceiro grau, dentre outras vedações previstas na legislação.**

Outra questão bastante importante neste relacionamento é a transparência.

A necessidade de uma conta específica para cada projeto, da divulgação da prestação de contas e dos convênios pela internet são instrumentos que auxiliam na fiscalização.

No que diz respeito às compras, a sua regulamentação encontra-se disciplinada no Decreto 8.241/94.

Importante ressaltar que as regras previstas neste normativo devem ser aplicadas independentemente da origem recurso ser público ou privado.

E não poderia ser diferente.

Com efeito, sendo a finalidade do relacionamento das instituições apoiadas, Fundações de Apoio e empresas privadas o desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e o estímulo à inovação, bens caros ao Estado brasileiro, não haveria motivo para a diferenciação da origem dos recursos aportados, sendo necessário que as regras de controle nas compras sejam iguais.

Por tal motivo nos parece que apesar da diferenciação existente na Lei 8.958/94 no seu artigo 3º *caput*, que trata dos casos em que o recurso é público, remetendo a ato do Poder Executivo o estabelecimento das regras de compras e contratações e no seu parágrafo 3º que trata dos casos onde o recurso é privado e remete à própria Fundação de Apoio o estabelecimento de tais regras, parece-nos que com a edição do Decreto 8.241/2014, tal diferenciação deixou de existir, aplicando-se o referido Decreto, em função do no § 1º do artigo 1º, *verbis*:

Art. 1º (omissis)

§1º O disposto neste Decreto aplica-se às contratações cujos recursos sejam ou não provenientes do Poder Público, desde que tenham por objeto o apoio às IFES e às demais ICT nos projetos referidos no *caput*”

Já a Lei 8.958/94 determina que:

“Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e demais ajustes abrangidos por esta Lei que envolvam recursos provenientes do poder público, as fundações de apoio adotarão regulamento específico de aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo.

§ 3º Aplicam-se às contratações que não envolvam a aplicação de recursos públicos as regras instituídas pela instância superior da fundação de apoio, disponíveis em seu sítio eletrônico, respeitados os princípios mencionados no art. 2º desta Lei.

Assim, considerando que não poderia um Decreto revogar uma Lei, a conclusão a que se chega é que quando o recurso for público aplica-se simplesmente o Decreto e quando o recurso for privado aplica-se o Decreto e ainda as regras instituídas pela instância superior das Fundações Apoio, sendo que tais regras não poderão ser conflitantes com o Decreto.

Outro ponto que merece ser abordado diz respeito à flexibilização das regras do referido Decreto.

É certo que se a norma que rege as compras e contratações através de Fundações de Apoio fossem as mesmas da lei de licitações e contratos aplicadas aos órgãos públicos, de pouca ou nenhuma utilidade teria a utilização das Fundações de Apoio na gestão.

A desejada agilidade na gestão dos recursos financeiros ficaria comprometida. Por isso procedimentos para a aplicação de institutos como a seleção pública, a habilitação, a contratação direta e a pesquisa de mercado foram bastante simplificados em relação aos institutos congêneres da Lei 8.666/93.

5 CONCLUSÃO

Os países desenvolvidos e os em desenvolvimento estão cada dia mais investindo na busca de novas tecnologias, novos processos e novos produtos, gerando uma competitividade cada vez maior.

Por este motivo, a aproximação dos órgãos públicos que tenham como objetivo o ensino e a pesquisa com empresas privadas que queiram incentivar este segmento através de aporte de recursos financeiros é salutar, não só para a iniciativa privada, como também para o Estado brasileiro.

A necessidade de uma maior agilidade e flexibilidade na utilização de recursos (públicos ou privados) para que as pesquisas que são realizadas nas Autarquias e Fundações Públicas tenham uma eficácia e eficiência maior é uma questão primordial no desenvolvimento do país.

De outro giro, por se tratarem de órgãos públicos, não pode a administração pública se descuidar na fiscalização de como tais recursos são aplicados.

As novidades trazidas com a edição das Leis 13.019/2014, 13.243/2016 e dos Decretos 8.240/2014 e 8.241/2014, bem como as alterações introduzidas na Lei 8.958/94, apontam claramente neste sentido, qual seja, a de que o Estado brasileiro está atento à necessidade de um equilíbrio entre o incentivo a essas práticas e o controle na gestão desses recursos.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei das licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.