

PARECER DA ASSESSORIA JURÍDICA DA ADUSP-SEÇÃO SINDICAL
SOBRE AS FUNDAÇÕES PRIVADAS DITAS DE APOIO¹

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Considerações Prévias. 4. Distinções entre Fundação Pública e Fundação Privada. 5. Fundação Pública- linhas gerais . 6. Fundação Privada- linhas gerais. 6.1. Fundação de apoio instituída por ente público. 6.2. Fundação de apoio instituída por particular. 7. As fundações de apoio e o ensino superior 7.1 - As fundações de apoio e os cursos pagos

1. INTRODUÇÃO

Na tentativa de atuar com maior agilidade e eficácia no exercício de suas atividades, a Administração Pública, em passado recente, foi buscar no direito privado algumas formas organizacionais, e que terminou por gerar o atual problema das fundações. Contudo, a figura jurídica “fundação”, devemos lembrar, não é uma criação do direito civil, mas definida pela Teoria Geral do Direito. Portanto, pensar uma fundação dentro de um regime de direito público não é assim tão inconcebível, como querem fazer crer alguns doutrinadores.

A previsão constitucional de fundação pública expressa no artigo 37, XIX², veio superar um antigo debate doutrinário dos estudiosos do tema que se posicionavam pela impossibilidade quanto à existência das fundações públicas, sob regime de direito público, posto que, sob inspiração do direito privado, uma fundação, por definição, somente poderia ser privada, isto é, se submeter as regras de direito civil. Nesse caso, o Estado não poderia criar fundações.

Uma vez a fundação pública tendo sido consagrada constitucionalmente, ultrapassamos o debate de que as fundações somente podem ser privadas e que, portanto, seria um equívoco jurídico supor-se que existam fundações apenas formalmente privadas, embora efetivas fundações públicas, e colaborar para agregar novos elementos ao tema.

As “fundações de apoio”, que se espraiam em nossas universidades públicas, há algum tempo vêm sendo alvo de controvérsias tanto no terreno da política, quanto na esfera jurídica, que vacila quanto à natureza jurídica do instituto, contribuindo para fomentar a polêmica causada.

¹Publicado no Caderno nº 23 do Andes-SN (Fevereiro de 2006), pp. 35 – 50.

² Art. 37, XIX – somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública

O presente estudo pretende colaborar para melhor situar o problema jurídico por elas gerado, e amadurecer as providências que podem ser tomadas, desvelando questões e desembaraçando conceitos.

Tratava o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, em meados dos anos 60, em seu artigo 64, que iniciou o processo de regulamentação do instituto:

“Fundação pública é a entidade criada em decorrência de lei específica, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, patrimônio e receitas próprias, tendo por finalidade desenvolver atividades assistenciais, culturais, educacionais, de estudos e pesquisas, ou de apoio às referidas finalidades, que por necessidade operacional deve ser assim organizada.

Parágrafo único – além do estabelecido neste artigo, as fundações universitárias gozarão, ainda, de autonomia didático-científica (g.n.).

Nesta disposição original já se revelava a idéia de fundação pública inserida em um regime jurídico de direito público. E ainda, a existência das fundações que tivessem como finalidade oferecer apoio a atividades assistenciais, culturais, educacionais, de estudos e pesquisas, **dentre as fundações públicas.**

Por sua vez, o Decreto-lei 200/67, que dispôs sobre a organização da Administração Federal, estabeleceu uma confusão de conceitos, e ao tratar da questão, serviu ao propósito de se criar uma entidade, com erário público, que, sob a denominação de fundação, passava a ser imune às limitações e controles aplicáveis à Administração direta e indireta. Face a essa constatação nosso legislador constituinte, no intuito de driblar tal burla, incluiu a fundação pública como ente da Administração Indireta.

2. CONCEITO

Fundação é “a atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social”, leciona Caio Mario da Silva Pereira³. Em outras palavras, é uma dotação patrimonial para um fim especial. Esse elemento do conceito de fundação é aceito com tranquilidade pelas mais divergentes correntes doutrinárias, privatistas e publicistas.

³ Pereira, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil – vol. I, 2ª edição, Ed. Forense, nº 62

Os bens são, via de regra, objetos de direitos. No caso das fundações, passaram a ser sujeitos de direito, já que foi atribuída uma personalidade a um acervo de bens. Contudo, só encontra amparo legal se destinado a algum interesse humano. Por essa razão, a finalidade é elemento precípua da constituição da fundação e que não pode ser afastada. Neste horizonte interessa sempre a origem dos bens, o seu instituidor e o destino a que ele instituiu.

3. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

São entes integrantes da Administração Indireta, arrolados no artigo 5º, IV do Decreto-Lei 200/67, nos termos da Lei Federal 7.569, de 10.04.87: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Dispõe o artigo 37, XIX, da Constituição Federal:

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação;

Este fundamento constitucional estabelece a necessidade de lei para a criação de uma fundação pública.

Não nos cabe aqui realizar um histórico do debate doutrinário que cercou o instituto das fundações, entre aqueles que não admitem a existência de fundações públicas e, conseqüentemente, não reconhecem a distinção entre fundação pública e privada, alegando que uma fundação é sempre formalmente privada, ou ainda, de que o Estado não pode criar fundações de direito público.

Trata-se, como dissemos, de um debate ultrapassado, que não contribui para nosso atual esforço. A distinção factual e o tratamento jurídico diverso tomado pela tendência doutrinária moderna entre fundação pública e privada é uma realidade a ser enfrentada. Não adianta negar-lhes a existência no campo do direito administrativo para que as figuras desapareçam.

Logo, as fundações podem ser públicas ou privadas quanto à pessoa que as criou, mas serão públicas ou privadas de acordo com o regime jurídico que devem se submeter, já que não é o ente criador determinante para distinguir o tipo de fundação.

Deve restar claro, contudo, que não há uma terceira modalidade de fundação ou simbiótica. As fundações, por definição, podem ser públicas ou privadas. Por sua vez, doutrinariamente, as fundações

públicas podem ser criadas por entes públicos, enquanto as fundações privadas podem ser criadas tanto pelo poder público quanto por particular.

Convém lembrar que as fundações podem nascer por ato *causa mortis* ou *intervivos*. O ato constitutivo das fundações públicas, como vimos no artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal, é a própria lei, e o das fundações privadas, segundo artigo 24 do Código Civil, pode ser tanto testamento quanto escritura pública.

O art. 5º, inciso IV do Decreto-lei nº 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal estabelece:

Art. 5º (...)

IV - “Fundação pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes” (g.n.)

§3º - As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no registro civil de pessoas jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.

A impropriedade do artigo 5º, inciso IV do Decreto-Lei 200/67, dá azo à polêmica jurídica que o instituto acarreta, posto que viabiliza a criação de uma fundação privada, com recursos públicos, mediante autorização legislativa, podendo passar até a integrar a administração indireta!

Em que pese o desastrado dispositivo do DL 200/67, emerge do mesmo a necessidade de autorização legislativa para criação de fundação cujas atividades não devam ser executadas exclusivamente por entes públicos quando seu funcionamento for custeado por recursos públicos, em atenção e respeito ao princípio da legalidade.

Logo, as fundações públicas têm natureza de pessoa de direito público sob um regime jurídico de direito público e que é estatuído mediante a lei que cria a própria fundação. Pertencem, assim, ao quadro da Administração Indireta. Nas fundações privadas, tem-se uma pessoa jurídica de direito privado, que atende a um regime de direito privado, exigindo-se: (1) lei que autorize sua criação se seu funcionamento depender ou estiver ligado em essência à Administração Pública ou contar com recursos públicos para suas atividades; (2) escritura pública se suas atividades ou funcionamento não estiverem ligados em essência com a Administração Pública ou não forem, mesmo que parcialmente, custeados pela mesma.

Com clareza de raciocínio Celso Antonio Bandeira de Mello⁴ giza sobre o assunto: “*as fundações de direito privado criadas pelo poder público submetem-se às regras do Código Civil pertinentes, previstas nos artigos 19 a 24 e seguintes. Sem embargo, o simples fato de se originarem da vontade estatal e terem patrimônio constituído, ainda que parcialmente, por recursos públicos, ou a circunstância de serem subvencionadas por cofres governamentais, acarretam efeitos peculiares em seus regimes. Desde logo cumpre observar que não podem surgir senão em decorrência de uma lei. Demais disso, a alocação de recursos públicos para a formação de seu patrimônio ou para subsidiá-la está, do mesmo modo, condicionada à existência de norma legal permissiva. No caso, entretanto, por se tratar de entidade privada, não bastaria a lei autorizadora. Seu processo de origem requer a obediência aos requisitos previstos no diploma civil para a entronização da criatura no universo jurídico. Daí que se impõe a realização de escritura pública e registro para personalização da entidade.*” (g.n.)

A criação de fundação privada instituída pelo poder público mediante autorização legislativa tem encontrado guarida na doutrina mais moderna. Segundo a passagem mencionada de Bandeira de Mello, fazendo alusão às fundações privadas criadas pelo poder público, argumenta com lucidez que as fundações de direito privado pelo fato de serem subvencionadas, ainda que parcialmente por recursos públicos, merecem tratamento diferenciado em seu regime.

O ponto de vista aqui defendido com os dizeres do ilustre jurista é de que a exigência da criação de fundação privada nos moldes da lei civil requer antes ainda, de lei autorizadora quando custeada, ou subvencionada, ainda que parcialmente, por recursos públicos, fato que por si só, acarreta efeito peculiar ao regime. Trata-se de um requisito a mais para ser cumprido e não suprimido pelo fato de ser fundação privada. Tal exigência é acolhida quando a fundação tiver sido criada por ente público, também o deveria quando criada por particular, em especial que mantém estreito vínculo de dependência com serviço público, de acordo com a natureza das atividades executadas e a relação de promiscuidade com os recursos públicos e recursos humanos do serviço público com que se relacionarão.

4. DISTINÇÕES ENTRE FUNDAÇÃO PÚBLICA E FUNDAÇÃO PRIVADA

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Público ou Privado segundo o regime jurídico estabelecido na lei que a criou: “*se lhe atribui a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira que*

⁴ Mello, Celso Antonio Bandeira de – Revista de Informação Legislativa

*suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação”.*⁵

É essencial também para determinar o regime jurídico da fundação a finalidade e o interesse que persegue, isto é, se se trata de interesse particular ou interesse público, compreendido este não como uma somatória de interesses individuais ou como o interesse do Estado, mas como uma dimensão pública num plexo de interesses individuais.

Na esteira de Celso Antonio Bandeira de Mello, seguido de perto por Lucia Valle Figueiredo, trazemos a seguir as características identificadas por Diógenes Gasparini⁶ das fundações públicas:

- 1- origem na vontade do poder público;
- 2- fins não lucrativos;
- 3- finalidade de interesse coletivo;
- 4- ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins;
- 5- impossibilidade de se extinguir por vontade própria;
- 6- tutela e vigilância do Estado;
- 7- disposição, em geral, de prerrogativas autoritárias.

Quanto às fundações privadas:

- 1- origem na vontade de particulares;⁷
- 2- fins geralmente lucrativos;
- 3- finalidade de interesse particular;
- 4- liberdade de fixar, modificar ou extinguir os próprios fins;
- 5- liberdade de se extinguir;
- 6- sujeição a controle negativo ou simples fiscalização;
- 7- ausência de prerrogativas autoritárias.

Segundo nosso entendimento, querem os autores aqui defender como prerrogativas autoritárias (embora nesse sentido a qualidade autoritária não se ajuste adequadamente), a possibilidade das fundações públicas usufruírem de certos privilégios (prerrogativas) estatais, tais como ação regressiva contra seus servidores, impenhorabilidade de seus bens e rendas, imunidade tributária sobre seus bens, rendas e serviços, imprescritibilidade de seus bens. Afirma textualmente Diógenes Gasparini⁸: **“Nenhum privilégio ou prerrogativa, a exemplo do prazo em dobro para contestar, tem a fundação de direito privado, ainda que criada pela Administração Pública, salvo os que a lei especial prescrever”.**

Apenas destacamos ainda, que as fundações públicas ou privadas prestadoras de serviços públicos tem responsabilidade subsidiária da

⁵ Mello, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª edição, p. 144

⁶ Gasparini, Diógenes – Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 7ª edição, 2002

⁷ O autor não considera a fundação privada criada pelo poder público

⁸ obra citada, p. 349

entidade criadora da fundação prestadora de serviço público até o exaurimento de seu patrimônio.

5. FUNDAÇÕES PÚBLICAS – linhas gerais

Somente são instituídas pelo poder público e mediante lei.

O já mencionado artigo 5º, inciso IV do Decreto-lei nº 200/67, não traz uma definição de fundação, mas lhe atribui qualidades e que, ao fim e ao cabo, conduzem a um conceito equivocados ao afirmar que as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado, segundo posição firmada por Celso A Bandeira de Mello, visto que o regime jurídico a que se submetem não é o de direito privado.

Uma vez que fundação pública somente pode ser instituída pelo poder público, custeada por recursos públicos e que se constitui mediante lei, resta evidente que deve se submeter às normas de direito público.

Neste diapasão, para Celso Antonio Bandeira de Mello, fundação pública é pessoa de direito público de capacidade exclusivamente administrativa, e sendo assim são, tal como para Lucia Valle Figueiredo⁹, verdadeiras autarquias, diferenciando-se apenas pela sua forma de criação e isso em virtude de pura falta de técnica legislativa: “*Fundações são autarquias quando o regime dela está atrelado às limitações e controle da pessoa de direito público e foram batizadas de direito privado para se evadir deste controle moralizador ou para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, vedados se fossem pessoas de direito público*”¹⁰

Outrossim, é importante destacar que a fundação pública tem imunidade tributária posto que pessoa jurídica de direito público, em conformidade com o disposto no artigo 150, inciso VI, letra “a” e §2º da Constituição Federal.

6. FUNDAÇÕES PRIVADAS – linhas gerais

O Novo Código Civil Brasileiro em seu artigo 44, inciso III¹¹, trata da fundação como ente de pessoa jurídica de direito privado. A figura disciplinada pelo Código Civil supõe instituidor e patrimônio privados.

Não resta dúvidas de que uma fundação instituída por particulares para fins particulares, com orçamento e custeio privado, deva

⁹ Figueiredo, Lucia Valle – Curso de Direito Administrativo

¹⁰ Bandeira de Mello, ob. cit., p.

¹¹ São pessoas jurídicas de direito privado:

(...)

III – as fundações

ser regida e submetida às normas e ao regime jurídico de direito privado, podendo ser consideradas fundações privadas propriamente ditas.

Oportunamente mencionamos que as fundações privadas podem ser instituídas também pelo poder público, desde que com autorização legislativa para permitir a dotação patrimonial. O problema que transparece reside nas fundações que, embora criadas por particulares, mantêm estreito vínculo com o serviço público essencial, como analisaremos adiante.

Para Lucia Valle Figueiredo¹² as fundações privadas devem ter seu regime em tudo igual ao das empresas estatais, que devem ser expressamente autorizadas por lei, tal como extintas em virtude de lei e submissas em boa parte ao regime jurídico administrativo. Seguiriam assim, os princípios da Administração Pública.

Porém, com muito acerto e lucidez a jurista assevera que se estas fundações privadas estiverem prestando serviço público terão regime sob forte influxo do direito público, embora revistam-se de forma privada e nesse caso, deverão se submeter as próprias normas de direito público e não apenas aos princípios da Administração Pública.

Assim, para identificar o regime a que deve se submeter uma fundação privada é preciso além de identificar a proveniência dos recursos para a manutenção da fundação, também identificar a atividade a ser executada pela fundação privada: se prestadora de serviço essencialmente público, exercendo atividades típicas da Administração Pública, a influência do regime jurídico de direito público a que deverá se submeter é exigência primeira para suas atividades.

Por derradeiro, destacamos que as fundações privadas podem ter imunidade tributária e outras isenções legais se atuarem na área de serviço público essencial. Nesse caso, tem imunidade tributária não em razão de ser ente fundacional, mas por exercerem atividades ligadas a serviço público essencial.

É importante ressaltar a grande inovação trazida pelo Novo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 69, sobre a extinção de uma fundação privada. Segundo tal disposição, além do Ministério Público, qualquer interessado poderá promover a extinção da fundação privada quando a finalidade a que visa a fundação se tornar ilícita, impossível ou inútil.¹³

Para não escapar do objetivo da presente análise, trataremos a seguir apenas das fundações privadas de apoio ao ensino superior criadas por particulares, destacando apenas que à fundação privada criada pelo

¹²

¹³ Art. 69 – Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

poder público se impõe a necessidade da realização de escritura pública, condicionada à autorização legislativa para a dotação patrimonial, e obedece sua instituição à lei que a criou¹⁴, norteando-se por grande carga de direito público, em razão da sua natureza peculiar.

6.1. FUNDAÇÃO PRIVADA – “DE APOIO” - INSTITUÍDA POR PARTICULAR

Inicialmente é preciso lembrar que as chamadas “fundações de apoio ao ensino superior”, não são uma terceira modalidade de fundação, tampouco espécie “*sui generis*” de fundação. Pertencem ao gênero fundação privada, aplicando-se-lhes as mesmas regras, devendo se instituir mediante escritura pública, se for uma fundação privada propriamente dita, obedecendo o regime jurídico de direito privado, ou mediante autorização legislativa, se criada por ente público, sob a influência das regras do regime jurídico de direito público.

A dificuldade permanece, entretanto, em identificar as fundações privadas que não exercem atividades afetas exclusivamente ao regime de direito privado e adotar tratamento jurídico adequado às mesmas.

Como já asseveramos, se o poder público cria uma fundação privada, com recursos mesmo que parcialmente públicos, ela deve ser instituída mediante autorização legislativa. Da mesma forma a fundação privada “de apoio” criada por particulares e que exerce atividade na esfera do serviço público, vinculada ou dependente de alguma forma de recursos públicos, ou que somente através da Administração Pública suas atividades possam ser viáveis. Nesse caso, deve seguir, então, os mesmos passos daquela criada pelo poder público.

Atualmente, as “fundações de apoio” criadas por particulares, têm-se constituído exclusivamente através de escritura pública, ou seja, sem autorização legislativa e têm se submetido apenas às regras de direito civil. Porém, como vimos, esta prática defendida no tratamento hoje aplicado à essas fundações não satisfaz a legalidade.

Devemos atentar que “as fundações de apoio” não preenchem os requisitos para que sua constituição seja feita exclusivamente por escritura pública. As atividades que executam, a finalidade que persegue, suas relações internas, com terceiros e com o poder público, seu patrimônio e receita, com vínculo tão estreito com a Administração Pública, exige autorização legal para sua atuação.

Entre outras razões, doutrinariamente, de acordo com os requisitos outrora explicitados por Diógenes Gasparini, as “fundações de apoio” não preenchem sequer as características das fundações privadas, quando

¹⁴ Convém afirmar que a lei que institui a fundação pode derogar as normas gerais do Decreto-Lei 200/67, com fundamento no artigo 2º, §2º, LICC, porém, não podemos esquecer, desde que não derogue normas de direito público.

estabelecem fins não lucrativos, por sua finalidade não perseguir interesse particular, ou ainda, por não ter liberdade de fixar, modificar ou extinguir os próprios fins, já que sua criação depende do estabelecimento de fim específico para colaborar com a universidade, ademais do controle finalístico do Ministério Público.

Sendo criadas para atuar em colaboração com atividade de serviço público, perseguir o interesse coletivo (público), e em grande parte, recebendo recursos públicos de alguma forma, seja através de subvenções, ocupação de espaço público, ou utilização dos recursos humanos do serviço público, se aproximam mais das características das fundações públicas do que das privadas.¹⁵

O ponto a que queremos aludir é que uma “fundação de apoio” nos moldes atuais, não é, claramente, uma fundação privada propriamente dita, e a interpenetração de suas relações com o poder público exige dela cumprimento de requisitos formais, e sofre influxo de princípios e, por vezes, normas, de direito público.

Na esteira do pensamento aventado por Lucia Valle Figueiredo, as normas de direito público devem ser aplicadas às fundações que realizam atividades essenciais de serviço público.

As “fundações de apoio” podem até mesmo ter patrimônio próprio constituído e receitas próprias, o que não exclui necessariamente sua relação de dependência da Administração Pública a qual está vinculada. Se para seu funcionamento pleno depende da Administração, claro está que não há liberdade de atuação e constituição tal como uma fundação privada propriamente dita. Por muito mais razão se essas fundações realizam ainda atividades de serviço público.

Para Odete Medauar¹⁶ e Sylvia Maria Zanella di Pietro¹⁷, as “fundações de apoio” são situações peculiares, pois não se enquadram no modelo do artigo 5º, inciso IV do Decreto-Lei 200/67, por não serem criadas em virtude de autorização legislativa, tampouco consistem em fundação pública, não integrando a Administração Pública Indireta.

A forma de constituição e atuação das “fundações de apoio” representam uma distorção, não uma situação excepcional. A “fundação de apoio” não deve ser tratada como um caso peculiar porque não foi criada com autorização legislativa, quando deveria ter sido. Há a exigência de um tratamento formal que não ocorreu.

Logo, não correspondem a uma nova modalidade de fundação, mas revela um desvirtuamento de sua instituição, uma aberração jurídica,

¹⁵ A Fundação Instituto de Administração (FIA), para citar um exemplo, que atua junto à Faculdade de Economia e Administração da USP, em sua escritura pública estabelece que integram, no capítulo IV, dos rendimentos extraordinários, entre outros, as subvenções do Poder Público.

¹⁶

¹⁷

cuja forma de criação não encontra respaldo legal. Não se trata de uma “situação peculiar”, mas de uma má aplicação legal.

Cabe lembrar que um ente, ou mesmo uma determinada norma, criada para atender determinado fim, pode acabar por se prestar à finalidade totalmente diversa daquela para a qual foi criada. Nesse caso, trata-se de desvio de finalidade e há mecanismos legais, embora difíceis, para esse controle.

Se o legislador civil, ao dispor sobre fundações, pressupondo instituidor e patrimônio privados, não vislumbrou a possibilidade de promiscuidade que a relação fundação privada e Administração Pública pode causar foi porque o Direito possui mecanismos para cuidar de seus próprios desvios. É desnecessária a previsão legal para toda e qualquer situação fática, pela impossibilidade real e concreta dessa previsão, sendo que o Direito está apto processual e materialmente a enfrentar tais desvios, para isso existem as normas gerais e os princípios do Direito. A ausência de previsão legal não permite a acomodação no mundo jurídico de uma situação irregular por conta de conveniências mesquinhas. Não podemos concordar com a solução de se criar novas fórmulas jurídicas, criando exceções das exceções, para acobertar e acomodar um equívoco, um desvio de finalidade, que desvirtuou todo um instituto.

A Lei 8.958/94 que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e as fundações de apoio, embora reconheça o vínculo formal entre elas, é fruto dessa distorção legal.

Merece importante ressalva, neste momento, atentar para o fato de que a forma de criação da fundação privada de apoio, por meio de autorização legislativa, não encontra guarida legal para as instituições federais de ensino superior, posto que se encontra em vigor a lei que dispõe sobre as regras gerais que interseccionam os entes aqui envolvidos. A indigitada lei 8.958/94 elegeu o caráter de natureza privada dessas fundações, não as submetendo à forma aqui defendida para sua criação. Contudo, a ausência de regulamentação estadual permite ainda aos Estados e, conseqüentemente, às instituições estaduais de ensino superior, a defesa do melhor Direito.

7. AS FUNDAÇÕES DE APOIO E O ENSINO SUPERIOR

Até aqui tratamos da irregularidade da natureza jurídica das fundações privadas de apoio ao ensino superior, que apresentam características de fundações públicas e se utilizam dos privilégios a estas condizentes, porém sob o revestimento das regras de direito civil. A irregularidade se apresenta à medida que essas entidades privadas avocam,

indevidamente, as regras civis, ao mesmo tempo que se beneficiam de regras de natureza jurídica diversa, de direito público, ou seja, obedecem normas de direito civil ou de direito público de acordo com a conveniência ou favorecimento, como veremos.

Neste segundo momento, trataremos das irregularidades quanto à forma de atuação das fundações privadas nas universidades públicas brasileiras, desvelando essa dubiedade de aplicação legal, decorrência da confusão do tratamento jurídico empregado às fundações de apoio.

As fundações privadas de apoio atuam junto às universidades através de convênios celebrados com as mesmas. Via de regra, compete a administração financeira às entidades, enquanto a função educacional permanece sob responsabilidade da instituição pública.

Na prática, as fundações “de apoio” utilizam espaço físico e recursos humanos da própria universidade pública a qual está conveniada, sem reversão efetiva dos custos e gastos decorrentes dessa cessão e sem fiscalização por parte da autarquia do cumprimento do convênio, tampouco do *quantum* realmente devido pela arrecadação das fundações à universidade.¹⁸

Parcela da receita das fundações privadas advém de fontes públicas - Secretarias de Estado, prefeituras, bancos públicos, etc – além da utilização da infra-estrutura pública para o pleno desenvolvimento de suas atividades.

As receitas originárias provenientes de recursos públicos e a dependência do pleno desenvolvimento de suas atividades são o condão do entendimento de que essas fundações não podem ser doutrinariamente consideradas privadas, porquanto a dependência de suas atividades dos recursos, quais sejam, públicos, e elimina a concepção defendida de que as mesmas não devem prestar contas à Administração Pública. Essa forma de instituição e atuação descaracteriza a essência da definição de fundação privada.

Outro aspecto relevante da forma de atuação das fundações privadas de apoio é de que a composição da sua Diretoria e Conselho Curador é formada em sua maior parte por docentes da própria universidade pública.

Os estatutos e regimentos das universidades públicas não disciplinam impedimentos para que os docentes que pertençam aos colegiados deliberativos da universidade não possam também pertencer aos quadros de dirigentes e beneficiários de projetos das fundações, apesar de

¹⁸ A Universidade de São Paulo, por exemplo, em 1999 e 2000, teve como repasse das fundações privadas de R\$ 9,106 milhões e R\$ 13,248 milhões, respectivamente. O orçamento da USP nesses mesmos anos foi de R\$ 918 milhões e R\$ 1,173 bilhão. Logo, os repasses nesses anos equivaleram a, respectivamente 1% e 1,5% do orçamento da universidade. (Dados fornecidos da Codage-USP em 2001 e Anuário Estatístico da USP de 2001)

ser regra geral e comum as disposições que cercam a improbidade administrativa. Tal situação, por hipótese, permite o tráfico de influência¹⁹, colocando o serviço público a favor de determinados grupos de interesses. Ocorre neste caso, em outras palavras, uma subordinação do espaço e fonte pública de recursos a interesses particulares, e quanto pior se beneficia sujeito de dentro do próprio aparelho estatal, que, se serve da sua posição de servidor para obtenção de vantagens para fins particulares, caracterizando, à evidência, improbidade administrativa, que pode até mesmo tipificar o crime contra Administração Pública da advocacia administrativa.²⁰

A defesa do regime jurídico de direito privado aplicado às fundações de apoio se trata, na verdade, de meio de driblar a vedação constitucional do artigo, 37 inciso XVII, que estabelece a proibição de acumular cargos públicos:

Art. 37 – (...)

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico-científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrangem autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público (g.n.)

Uma vez reconhecido o vínculo jurídico de natureza pública dessas entidades, o acúmulo de cargos estaria deflagrado. Tal como ocorre atualmente, evade-se do controle moral e legal que veda o servidor público de acumular cargos e empregos, já que sendo fundação privada, não ocupa um ou outro.

A percepção de remuneração, seja a que título for, por parte dos docentes advinda dessas fundações privadas, viola também, por definição, o regime de dedicação integral e exclusiva que parte desses docentes possui com a universidade pública, posto que estabelece um novo vínculo de prestação de serviços. Esses docentes passam a perceber vencimentos pela

¹⁹ O Estatuto dos Funcionários Públicos de São Paulo (Lei 10.178/68) bem traduz o espírito dessa disposição no seu artigo 243, IV: “*É proibido ainda, ao funcionário: IV – exercer, mesmo fora das horas de trabalho, emprego ou função em empresas, estabelecimentos ou instituições que tenham relações com o governo, em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço que esteja lotado.*”

²⁰ Advocacia Administrativa - Art. 321, Código Penal: “*Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário. Pena: detenção, de um a três meses, ou multa. Parágrafo único: Se o interesse é ilegítimo: Pena – detenção, de três meses a um ano, além da multa.*”

realização de serviços e atividades relacionados em essência a suas próprias atividades na universidade.

Servindo-se da condição de serem entidades, por definição, sem fins lucrativos, terminam por competir em concorrência desleal no mercado de trabalho. Outrossim, sendo de tal forma especializada, conjuga as vantagens na dispensa de certames licitatórios, evadindo-se mais uma vez de regras legais e morais que lhe deveriam ser aplicadas.

Os desafios que se impõem às universidades públicas no momento, conduzem-nas à utilização equivocada de estratégias. A parceria com a iniciativa privada é legítima e desejável, mas não quando faz a universidade se distanciar das suas finalidades, incorporando o espírito do clientelismo e de interesses particulares decorrentes dessa relação. Não se quer aqui comprometer a idéia da viabilidade de captação de recursos na iniciativa privada. Entretanto, esta deve ser feita tendo em vista objetivos acadêmicos precípuos e não contra eles, como vem sendo atualmente realizada na relação com as fundações privadas, com prerrogativas ilegítimas.

7.1 - AS FUNDAÇÕES DE APOIO E OS CURSOS PAGOS

A educação é um serviço público integrante dos fins do Estado Democrático, de tal forma que a educação ministrada por instituição privada é permissionária desse serviço público.

Embora celebrado convênio entre universidade pública e fundação privada, as atividades e responsabilidades não se confundem.

Quanto à educação superior, estabelece o artigo 45 da Lei de Diretrizes e Bases:

Art. 45 – A educação superior será ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização

Logo, as fundações privadas não sendo evidentemente instituições de ensino superior, não podem ministrar cursos relativos à educação superior. Tanto assim que não são credenciadas para expedição de certificados, que traz a chancela da universidade pública.

Por sua vez, instituições públicas de ensino dos diferentes níveis são, de acordo com o artigo 19 da Lei de Diretrizes e Bases, aquelas criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo poder público. A administração do poder público envolve tanto as atividades-fim, quanto as atividades-meio, e outras adequadas ao desenvolvimento do estabelecimento do ensino.

Ao passo que se conclui que se as fundações privadas não podem oferecer tais cursos, a responsabilidade exclusiva é da instituição pública que, nesta condição, não pode cobrar pelos mesmos, quer realizados dentro ou fora de suas dependências, visto que o artigo 206, IV da Constituição Federal, em seguido transcrito, não se refere à responsabilidade nos limites do espaço físico da instituição pública.

Art. 206 – O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

IV- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais

Há uma flagrante violação do princípio da gratuidade nessa atuação decorrente da relação da universidade com a fundação privada.

Outrossim, é dever do Estado nas instituições oficiais de ensino superior garantir a gratuidade e fiscalizar o ingresso segundo a capacidade intelectual de cada um.

Essa é a garantia expressa no artigo 208, V da Carta Magna brasileira, repetida no artigo 4º, inciso V da LDB:

Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

A partir do momento em que o critério financeiro passa a ser critério de acesso ao ensino público superior, no caso em tela, de pós-graduação, outra inconstitucionalidade é deflagrada.

A Constituição Federal garante a igualdade entre os seus cidadãos assegurando que ninguém pode ser privilegiado ou prejudicado em razão de sexo, raça, religião, origem, ideologia, situação econômica ou social e isso, evidentemente, se aplica ao acesso ao ensino superior público porque no caso de seleção entre candidatos, ao Estado somente é permitido obedecer aos processos disciplinados legitimamente em lei, e quem deve fazê-lo, de acordo com o artigo 51 da Lei de Diretrizes e Bases, são as próprias instituições de educação superior credenciadas como universidade. Não cabe às fundações privadas esse critério.

Art. 51 – As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.

O princípio da universalidade deve aqui ser compreendido como a garantia de isonomia entre os concorrentes ao ingresso na universidade pública em que a capacidade intelectual seja o único critério legítimo.

Por derradeiro, não há que se manifestar distinção entre cursos *lato* e *estrito senso* para fins de cobrança de mensalidade nas instituições oficiais de ensino, sendo que ambas são espécies do mesmo gênero pós-graduação.

Esclarece o artigo 44 da Lei de Diretrizes e Bases:

Art. 44 – A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

(...)

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

É o parecer.

Lara Lorena Ferreira
Assessoria Jurídica da ADUSP

Aparecido Inácio e Moacir Pereira
Assessoria Jurídica da Regional São Paulo/ANDES-SN