

FUNDAÇÕES, UM ENFOQUE JURÍDICO

Lara Lorena

Advogada, assessora jurídica da Adusp

Daniel Garcia



Reunião aberta do Conselho Universitário sobre atuação das fundações na USP, em 2004

Existem dois tipos de fundações: as públicas, instituídas e mantidas pelo poder público, e subordinadas às normas de direito público; e as privadas, instituídas por particulares e que obedecem às normas do Código Civil. Não há uma terceira modalidade, intermediária, que seriam as fundações privadas de apoio. Estas existem no mundo material, têm validade e efeitos, mas sua defesa conceitual, do ponto de vista jurídico, é um equívoco, pois se trata na verdade de um arremedo doutrinário

Para o universo jurídico as fundações privadas de apoio apresentaram um conjunto de proposições, problemas e inovações que se desdobraram. Delinear juridicamente o tema para o debate que circunscreve a Universidade de São Paulo, e, de modo geral, todas as universidades públicas do país, e ao mesmo tempo oferecer um panorama geral, retirando os elementos que atrapalham a visão nítida da questão, é o desafio aqui proposto.

De início, convém destacar que existem dois tipos de fundações: as denominadas públicas, instituídas e mantidas pelo poder público, com recursos públicos, que são parte integrante da Administração Pública Indireta e estão subordinadas a todas as normas de direito público; e as fundações privadas, instituídas por particulares, com recursos privados e que obedecem às normas do Código Civil Brasileiro em sua organização e funcionamento.

Há quem defenda a existência de um terceiro tipo de fundação, as “privadas de apoio”, que intermediariam o primeiro tipo e o segundo, ora com características de uma, ora de outra, assemelhando-se a entidades do terceiro setor ou filantrópicas. Não figuro, entretanto, entre esses defensores de uma terceira modalidade de fundação.

Não há como negar a evidência de que as fundações privadas de apoio existem no mundo material, e como tal, têm validade e efeitos, mas tenho que sua defesa conceitual, do ponto de vista jurídico, é um equívoco, pois se trata na ver-

dade de um arremedo doutrinário, da distorção de conceito jurídico que, por desvios e obliquamente, assentou-se, e permitiu sua adaptação à realidade que hoje vivenciam a USP e todas as universidades públicas do país.

Se um ente privado tem como objetivo o exercício de uma atividade de interesse público, sem fins lucrativos, como forma de atuar paralelamente ao Estado, e em colaboração, outra forma jurídica pode este ente assumir, como entes do terceiro setor, por exemplo, e não fundações privadas, que não possuem, por definição, tais características. Não é preciso, assim, criar um novo modelo ou conceito jurídico para essa forma de atuação.

É certo que da forma como hoje atuam as fundações privadas de apoio, recebendo ajuda financeira da Administração Pública, ou ainda recebendo outros tipos de incentivos previstos em lei ou normas regulamentares; utilizando-se de bens públicos ou de servidores públicos na prestação de seus serviços; celebrando contratos de gestão ou parceria, ou modalidades de convênios com a Administração Pública — tornam-se, no mínimo, parcialmente sujeitas às normas de direito público, e não deveriam se afastar do controle da intrínseca relação que possuem com a Administração Pública.

Ao se utilizarem do patrimônio público, de servidores públicos ou recursos públicos, as fundações privadas de apoio devem estar nesta medida sujeitas ao controle tanto interno da Universidade quanto externo do Tribunal de Contas.

O artigo 70 da Constituição

Federal estabelece em seu parágrafo único:

“Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie, ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

Este mandamento constitucional também se repete no artigo 32 da Constituição do Estado de São Paulo no que se refere ao Tesouro Estadual.

Se a fundação está instalada na Universidade, ou se utiliza do nome e arrecada dinheiro prestando uma atividade típica, deve estar sujeita ao controle pelo Tribunal de Contas

Por esse comando constitucional não resta dúvida de que se a fundação, pública ou privada, está instalada na Universidade, ou se utiliza do nome da Universidade e arrecada dinheiro prestando uma atividade que é típica da Universidade, ela deve estar sujeita ao controle pelo Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, entretanto, tem sido omissivo neste sentido, e assim, conivente com a falta de fiscalização e controle das atividades, recursos e patrimônio da Administração

Pública. Diga-se, tem deixado de se manifestar em situações que são absolutamente irregulares na forma de atuação dessas fundações: quando se utilizam do patrimônio público e dos servidores públicos, confundindo local de trabalho, sede e jornada; quando servidores e docentes prestam serviço à fundação no mesmo horário em que estariam prestando serviços para a Universidade; quando a fundação assume a gestão de recursos públicos; ainda, quando ocorre prestação de serviços privados com cobrança e utilização da sigla USP.

Há práticas que vêm sendo realizadas entre as fundações privadas de apoio e a Universidade totalmente ilícitas — mesmo que, por vezes, formalizadas por meio de convênios e/ou contratos.

Nesta oportunidade, destacamos a **Lei nº 4.320/64**, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados e do Distrito Federal, a que a Administração Pública deve estrita obediência. Nesta, estabelece o seu artigo 56 o princípio da *unicidade de caixa*¹. Por sua vez, o **Decreto Federal 93.872/86** dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, e seu artigo 38 explicita o gerenciamento de recursos públicos².

Queremos com esse destaque ressaltar que em razão da atuação dessas fundações, operam-se vários caixas na Universidade, contrariando o teor desses dispositivos, que vedam essa prática. Ademais, os contratos firmados com a Administração Pública também se submetem a essas regras, e a antecipação de

pagamento nesses contratos, como muitas vezes se observa no caso das fundações privadas de apoio, com dispensa de licitação inclusive, contraria o princípio da legalidade.

Quanto ao objeto dos contratos e convênios firmados entre essas partes, não se justifica a contratação de fundação privada de apoio para a realização de atividade-fim da Universidade, operando como forma de agenciamento das atividades da Universidade, com recursos públicos, e em especial, não se justificam os contratos cujos objetos sejam tipicamente administrativos e que em nada se relacionam com o ensino e a pesquisa.

Logo, é descabido o contrato em cujo objeto esteja inserido o gerenciamento de recursos públicos. Recursos públicos são os recursos provenientes do Estado, os que decorrem de subvenção, e ainda, os que são captados na sociedade. Compete exclusivamente ao gestor público a gerência dos recursos públicos.

Também é ilegal a fundação atuar como intermediária na contratação de pessoal para a USP. Vejamos. As fundações contratam seus funcionários independentemente de concurso. Entretanto, empregam esses funcionários nas atividades-fim da Universidade, que devem ser exercidas por titulares dos respectivos cargos. Ocorre, portanto, uma violação da regra constitucional do concurso público por via oblíqua. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem se manifestado severamente no sentido de coibir essa prática adotada pelas fundações, que fere de forma cabal a moralidade administrativa,

entendendo ser ilegal que as universidades públicas federais se utilizem das fundações privadas de apoio para admitir pessoal destinado ao desempenho de funções pertinentes às suas atividades típicas, sem concurso público.

O TCU tem disciplinado e fiscalizado com mais atenção o funcionamento dessas fundações na esfera federal. A própria Lei 8.958/94, que regula a relação entre as fundações privadas de apoio e as universidades públicas federais, e que não se aplica diretamente à esfera estadual, foi promulgada justamente em razão de o TCU julgar ilegal a forma de atuação existente na relação com as universidades federais.

***O acúmulo de cargos
na administração
universitária e nas
fundações privadas de
apoio viola os princípios
mais elementares
da moralidade
administrativa***

Convém destacar, entretanto, que o uso de bem público por particular é possível, devendo para tanto haver autorização expressa e seu uso obedecer aos limites dessa autorização, dada a devida contrapartida, sob o risco de enriquecimento sem causa da entidade privada. Contudo, não há como mensurar a contrapartida ofertada à Universidade, uma vez que não

há prestação de contas formalizada, tampouco se sabe quanto exatamente as fundações de apoio arrecadam ou se recolhem o valor que seria devido.

Outro ponto que não podemos deixar de insistir é ser uma violação aos princípios mais elementares da moralidade administrativa a coincidência entre os dirigentes dos órgãos de administração da Universidade e os dirigentes da entidade, pois se trata do(s) mesmo(s) representante(s) responsável(is) pelos dois lados do convênio/acordo pactuado entre as duas partes, Universidade e fundação.

A USP, por sua vez, não tem o controle de desvios patrimoniais, ou de finalidade ou de descumprimento de princípios normativos que envolvam a atuação da entidade privada. Não basta, sem a providência dessa coibição, que a Universidade regularmente internamente a atuação das fundações privadas de apoio pois, sem essa medida inicial, os colegiados da Universidade estariam legislando em causa própria, e com isso viciando as normas regimentais editadas.

Convém lembrar que todos os ocupantes de cargos de chefia administrativa na USP — chefes de departamento, diretores, reitor — são servidores públicos, e exercem atividades regidas sob a égide do Estatuto dos Funcionários Públicos de São Paulo (Lei 10.261/68), que determina em seu artigo 10:

“É vedado atribuir ao funcionário serviços diversos dos inerentes ao seu cargo, exceto as funções de chefia e direção e as comissões legais”.

Tendo as fundações privadas de apoio origem na vontade de par-

ticulares, obedientes a estatutos elaborados segundo a vontade de seus instituidores, sob a égide do direito civil, **seus estatutos não possuem poder coercitivo sobre as atividades do serviço público e de seus servidores.**

Assim, salvo a expressa exceção do artigo 10 da lei mencionada, não se pode, para além dos deveres e competências funcionais estabelecidas pelo Estatuto e Regimento da USP, no cargo em que o servidor público foi nomeado, atribuir-lhes atividades outras, como a participação compulsória nas atividades das fundações.

Vale mencionar também o artigo 243 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, que esclarece a questão, não deixando margem à interpretação, já demonstrando, desde sua gênese, a preocupação com o conflito de interesses em que o servidor público pode se envolver, que se aplica perfeitamente na presente situação:

Art. 243 - “É proibido ainda, ao funcionário:

I – fazer contratos de natureza comercial e industrial com o Governo, por si, ou como representante de outrem;

(...)

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 em que esteja lotado;

(...)

XI – valer-se de sua qualidade de funcionário para desempenhar atividade estranha às funções ou para

lograr, direta ou indiretamente, qualquer proveito” (g.n.) (...).

Assim, em qualquer instrumento particular de contrato, mesmo em um convênio, o objetivo pode ser comum às partes, mas os interesses são antagônicos. E ninguém pode bem representar qualquer um dos lados, se tem interesses no outro também. Tendo o estatuto da fundação a possibilidade de convencionar o seu representante legal, é este um fato gerador de incompatibilidade e impedimento legal evidente. Os administradores públicos, em especial o Reitor da Universidade, não podem conciliar as duas administrações, de uma autarquia pública e de uma fundação privada, que se inter-relacionam.

Portanto, é irregular a acumulação de cargos ou funções públicas por particulares detentores de cargos de direção e representação em fundações privadas, ou seja, de pessoas ocupantes de cargos públicos, exercendo, ao mesmo tempo, cargo de membro, presidente ou diretor de Conselho Curador ou Administrativo de Fundação. Outrossim, é ilegal impor obrigações aos servidores públicos (artigo 10 da Lei 10.361/68), no exercício de chefia ou não, a quaisquer atividades que não lhe são afetas por determinação legal, como participar de atos de fundações privadas.

O vetor preponderante da análise da ilegalidade da atuação e prestação de serviços dessas entidades na Universidade é de evidência solar quando as fundações de apoio assumem atividade-fim da própria Universidade pública. E pior ainda quando assumem a atividade-fim da

Universidade como forma de desincumbir seus servidores de suas funções, e ainda, instituindo cobranças.

O TCU tem fiscalizado atentamente a questão de a fundação privada de apoio assumir função típica da Universidade, ou seja, assumir atividade que está disciplinada como atividade regimental de algum órgão da universidade e que passou a ser realizada pela fundação privada de apoio. Infelizmente o Tribunal de Contas do Estado ainda não vem exercendo seu papel na fiscalização dessa relação nas Universidades públicas estaduais paulistas.

Universidades e fundações de apoio têm alegado que há interpretação do princípio da gratuidade de ensino! Segundo essa interpretação, só o ensino regular é gratuito e o ensino de pós-graduação lato sensu deixa de ser ensino regular

O regime jurídico constitucional de ensino possui princípios gerais tanto do ensino público quanto do privado: o princípio de igualdade de condições para o acesso e permanência, o princípio da liberdade para aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o saber, o princípio do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, o princípio da valorização dos profissionais de ensino. No ensino público,

alie-se a esses o princípio da gestão democrática e o princípio da gratuidade do ensino nos estabelecimentos oficiais, segundo o artigo 206 da Constituição Federal.

A questão da democracia moderna não é a mudança da democracia indireta para a direta, mas a transformação da democracia política numa democracia social, denominada dada por Norberto Bobbio à gestão democrática, onde a sociedade civil tem uma efetiva participação e responsabilidade na gestão dos interesses da comunidade.

Democratização do acesso ao ensino universitário implica em como viabilizá-lo de maneira que se torne cada vez mais acessível. O princípio da gratuidade existe para todos os níveis de ensino, mas no ensino superior público, porque não há universalidade, o controle do acesso é segundo a capacidade intelectual de cada um. Ao estabelecer a cobrança de cursos nas universidades públicas, o critério de acesso ao ensino superior passa a ser o critério econômico, colidindo frontalmente com o previsto pela Constituição Federal no seu artigo 208, inciso V³.

No Brasil, como não há a progressividade da gratuidade, ou seja, não leva em consideração a capacidade econômica do aluno de pagar, significa, em regra, que todo investimento público de ensino implica gratuidade da sua oferta. Essa foi a opção do constituinte dado o interesse social e coletivo na educação. A gratuidade compreende o não pagamento de mensalidade mas, de certa forma, compreende também propiciar condições para o exercício desse direito.

As universidades, bem como as fundações privadas de apoio, têm alegado em sua defesa que há interpretação do princípio da gratuidade de ensino! Segundo essa interpretação, somente o ensino regular é gratuito e há diferenciação de tratamento jurídico entre o ensino de pós-graduação *lato sensu*, que como forma de especialização também deixa de ser ensino regular, e o ensino *stricto sensu*.

Primeiro, se a Universidade sustenta que somente uma parte de seu ensino é regular, a contrário senso, há ensino irregular sendo exercido? Também a distinção entre *lato* e *stricto sensu* não se sustenta porque a Lei de Diretrizes e Bases assim não distingue os cursos de pós graduação. O artigo 44, III da LDB ao tratar do ensino da educação superior categoricamente estabelece:

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 as exigências das instituições de ensino (...).

Portanto, *lato* ou *stricto* são espécies do mesmo gênero. Em outras palavras, a distinção é apenas uma construção doutrinária. É de se concluir que a Portaria 80 da Capes, ao estabelecer a vocação para autofinanciamento dos mestrados profissionalizantes, não autorizou que sejam financiados pelos alunos através do pagamento de contraprestações.



Seminário jurídico sobre fundações, promovido pela Adusp em março de 2004

Alegar que especialização não é curso regular, ou é atividade de extensão, é apenas uma tentativa medíocre de dissimulação. A USP se vale de semântica infantil para, ao fim e ao cabo, acobertar as irregularidades

A defesa da Universidade, que se escora na interpretação do cristalino princípio constitucional da gratuidade em estabelecimentos oficiais, em verdade questiona o próprio conceito de

ensino, o que não se justifica, culminando por delegar aos operadores do direito a definição do que é ensino regular e do que é atividade típica da Universidade. A Universidade que permite a brecha desse nível de discussão, para esclarecer judicialmente o que é ou não ensino, se regular ou não, já se desmoraliza por si só.

Alegar que especialização não é curso regular, ou é atividade de extensão, é apenas uma tentativa medíocre de dissimulação. Não é a mudança de atribuição administrativa de cuidar do assunto de A para B que vai alterar a natureza jurídica do que está sendo realizado. A Universidade se vale de semântica infantil para acobertar as irregularidades por ela permitidas e que contemplam, em verdade, ao fim e ao cabo, a complementação salarial de servidores públicos.

As fundações privadas de apoio, por não serem instituição de ensino, não têm autorização para certificar ou conferir diplomas. Para isso apóiam-se na Universidade e assumem a atividade-fim, utilizando-se do patrimônio agregado da sigla USP.

Muitas ações foram ingressadas pelo Ministério Público no país a fim de conter essa manobra de cobrança, inclusive em São Paulo, onde aguardamos uma decisão judicial ainda de primeira instância.

Convém ainda lembrar que o Conselho Nacional de Educação, em parecer no final de gestão do Ministro da Educação Paulo Renato (PSDB), autorizou a realização de cursos pagos nas universidades públicas federais. O parecer tem efeito vinculante na esfera administrativa do poder executivo federal, retirando a

discussão das esferas administrativas dos entes públicos, que, sem autonomia, deixaram de discutir a constitucionalidade dessa cobrança — o que não implica, à evidência, na sua legalidade e constitucionalidade.

As portarias baixadas pelo MEC ou Conselho Nacional de Educação, que possibilitam a cobrança de cursos são, pelos motivos articulados, inconstitucionais, inclusive em razão de que o MEC não tem competência para legislar sobre educação. Por esses motivos, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, deve ser provocado a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade dessas cobranças.

Consideremos, por um momento, o argumento de que se valem os defensores da atuação de fundações privadas de apoio nas universidades. Consideram que a administração pública funciona mal e possui muitas amarras. Contudo, ao mesmo tempo, se introduz uma entidade privada para atuar dentro da administração pública sem essas ditas amarras. Ora, tais amarras foram impostas pelo constituinte para administrar a coisa pública, já que se trata de patrimônio e recursos públicos. Assim, não há justificativa plausível para que uma entidade privada administre o mesmo patrimônio público, ou preste a mesma atividade, sem essas amarras. De se concluir que as amarras existem para o controle e fiscalização e não podem ser dispensadas, o que não implica necessariamente ineficiência administrativa.

O que devemos nos perguntar é: se afinal a Administração, isto é, a Universidade de São Paulo, conclui que é legal a cobrança de mensalidade em

alguns cursos, ou em todos, por que a USP não cobra para ela mesma, com a reversão completa desses recursos para o seu orçamento?

Se ainda assim o argumento da praticidade ou eficiência do ensino oferecido por meio de fundações permanecer convencendo, do ponto de vista da moralidade administrativa é um absurdo, pois se utilizam de uma marca vitoriosa, como a USP, sem necessidade de se submeter a qualquer controle, sem exigências e requisitos burocráticos e usufruem toda a vantagem pecuniária que essas características permitem.

As diversas ilegalidades que o Decreto Federal 5.205/03 apresenta são uma tentativa de enraizar os defeitos formais já constatados quando da edição da Lei 8.958/94, que ele pretende regulamentar

No tocante ao pagamento de docentes que oferecem cursos pagos nas universidades federais, vale dizer que esses valores são pagos a título de bolsa, que não possui incidência de contribuição previdenciária e Imposto de Renda.

Nas auditorias realizadas pelo INSS foi constatada a natureza assalariada do recebimento desses valores, longe de se caracterizar como bolsa e, neste sentido, deveria haver incidência de contribuição previden-



Anúncio de curso pago da FIA, fundação que agora se autointitula "a melhor escola de negócios do Brasil"

ciária e Imposto de Renda. Constatada a infringência, o INSS passou a lavrar multas retroativas ao início da prestação de serviços. Para "resolver" a questão, o Decreto Federal nº 5.205/03, editado para regulamentar a Lei 8958/94, estabeleceu que esses pagamentos se constituem em doação civil, pagos a título de ressarcimento para a realização de estudos e pesquisas e sua destinação à sociedade, desde que os resultados não revertam economicamente para o doador e, assim, estariam isentas de imposto sobre a renda e contribuição previdenciária.

Certo é que as bolsas concedidas não podem caracterizar forma de contraprestação sob o risco de caracterizar a natureza assalariada. Ademais, destaque-se, o docente em dedicação integral e exclusiva não pode receber recursos de outra fonte de natureza salarial.

Chamamos apenas a atenção ao



o cumprimento da sua missão institucional, devidamente consignados em plano institucional aprovado pelo órgão superior da instituição”.

Os fins de uma fundação privada de apoio devem ter leitura restritiva. O conceito ventilado neste dispositivo tem um alcance para além das finalidades que estabelece a Lei 8958/94, permitindo que o objeto do contrato ou convênio seja indevidamente ampliado, podendo conter relações além das permitidas pela lei federal.

Sendo assim, nesse caso, a abrangência do conceito de desenvolvimento institucional do Decreto 5.205/04 (ações, programas, projetos e atividades, mesmo de natureza infra-estrutural), foi além da proposição da Lei nº 8.958/94 e do Código Civil Brasileiro, o que caracteriza uma total impropriedade na relação com as Universidades, que permite que as fundações se apropriem da esfera de atuação e das atividades que são próprias da Administração Pública.

O § 5º ainda do artigo 1º do Decreto estabelece que:

“Os contratos de que trata o caput dispensam licitação, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Temos pela completa ilegalidade deste dispositivo. A dispensa de licitação observada no inciso XIII do artigo 24 da Lei de Licitações não autoriza, por si só, a dispensa do dever de licitar às fundações de apoio. Não basta ser uma fundação de apoio para obter o direito a tal dispensa, deve ela, mesmo fundação de apoio, preencher os requisitos exigidos pela Lei de Licitações — inquestionável reputação ético-profissional (não se trata aqui apenas de competência

ou notória especialização) e não ter caracterizada a finalidade lucrativa.

Neste caso, o Decreto excepciona uma situação onde a própria Lei 8.958/94 não o faz, excedendo sua disposição, o que lhe é vedado enquanto decreto regulamentador; e ainda contraria o conteúdo da disposição da Lei de Licitações.

Por sua vez, a redação do artigo 4º, §§ 1 e 2º do Decreto é permissiva quanto a uma grave ilegalidade: permite que um docente em regime de trabalho de dedicação exclusiva possa prestar serviços às fundações de apoio.

Sobre esse tema, já nos manifestamos, mas, para completar, convém dizer que um decreto regulamentador não tem competência para dispor de forma diversa da lei a que veio regulamentar, ou dispor além de suas disposições. É esse novamente o caso em comento. Determina a lei 8.958/94, no seu artigo 4º, §2º, a vedação da participação de servidores públicos federais, durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, em atividades de fundação privada de apoio. Estabelece restrições, ainda, para a participação dos servidores públicos federais nas atividades das fundações de apoio.

Ainda, a própria lei já era de legalidade duvidosa, posto que o regime de trabalho de dedicação exclusiva a que os docentes das universidades públicas se submetem impede que haja prestação de serviços a outrem, lhe sendo vedada a percepção de outro tipo de remuneração. Resta evidente, assim, a ilegalidade da norma regulamentadora, ferindo a própria lei 8.958/94 e as normas estatutárias das universidades.

fato de que bolsas somente podem ser concedidas desde que vinculadas a projetos. Qualquer denominação que se dê a bolsas que são, na verdade, apenas tentativas de burlar o pagamento de uma contraprestação, caracteriza desvio de finalidade, e portanto, a ilegalidade.

Por derradeiro, merece um pouco mais de atenção o Decreto Federal que regulamentou a Lei 8.958/94. As diversas ilegalidades que o Decreto apresenta são uma tentativa de enraizar os defeitos formais já constatados quando da edição da Lei nº 8.958/94. O parágrafo 3 do artigo 1º do mencionado Decreto dispõe que:

“Para os fins deste Decreto, entende-se por desenvolvimento institucional os programas, ações, projetos e atividades, inclusive aqueles de natureza infra-estrutural, que levem à melhoria das condições das instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica para

Fundação de apoio de direito privado não pode se caracterizar como de fins lucrativos. Se em seus balancetes se constatar lucro, há a violação do princípio constitucional da livre concorrência

Tal como enunciado anteriormente, o Decreto cria mecanismo de burla em relação à contratação de pessoal. Por fim, o Decreto viabiliza a ilegalidade já tantas vezes declarada sobre os servidores docentes ocuparem concomitantemente os cargos diretivos das fundações de apoio — Diretoria e Conselho Curador — e os cargos de chefia administrativa dos colegiados das Universidades, responsáveis pela autorização das contratações das fundações de apoio, em verdadeiro conflito de interesse, de acordo com a redação do art. 5º, §1º do Decreto.⁵

Outra flagrante ilegalidade do Decreto é a disposição do seu art. 7º:

“As bolsas concedidas nos termos deste Decreto são isentas do Imposto de Renda, conforme o disposto no art. 26 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e não integram a base de cálculo de incidência da contribuição previdenciária prevista no art. 28, incisos I a III, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”.

Trata-se da concessão de isenção de Imposto de Renda para as fundações privadas de apoio que concede-

rem as bolsas previstas no Decreto. A concessão de isenção de Imposto de Renda e de benefício da incidência da contribuição previdenciária realizada por meio de Decreto viola flagrantemente o princípio da legalidade. As isenções tributárias somente podem ser concedidas mediante lei específica, de acordo com o artigo 150 § 6º da Constituição Federal⁶, e não mediante decreto regulamentador. Há vício de forma na instituição da isenção de Imposto de Renda.

Uma fundação de apoio de direito privado não pode se caracterizar como de fins lucrativos. Se em seus balancetes e relatórios se constatar lucro, e ademais, que desenvolve atividade econômica, há entre outras ilegalidades a violação do princípio constitucional da livre concorrência e a deflagração de burla à dispensa do dever de licitar.

Para concluir, sem minimizar o problema concreto da falta de financiamento, é legítimo que a universidade pública procure caminhos alternativos de financiamento. A forma como ela vai percorrer esses caminhos irá definir o futuro do modelo de universidade pública brasileira.

Não há como duvidar que a atuação das fundações privadas de apoio se deve, em parte, a um modelo de autonomia universitária que não se concretizou plenamente, cujo espaço para a plena realização foi apropriado pelas atividades privadas dessas fundações.

Contudo, esse argumento mostra-se insuficiente para explicar a atuação dessas entidades privadas, à medida que nas experiências das universidades públicas em que a

autonomia universitária encontrou melhores condições para seu pleno desenvolvimento, as fundações privadas de apoio tiveram seu modelo acolhido pelas instituições públicas.

No momento em que se enfrenta a reforma universitária, em que a lei de inovações e a lei das parcerias público-privadas põem em xeque o próprio papel do Estado nas relações negociais, a questão da autonomia das universidades é novamente confrontada, e se apresenta indissociável da questão das fundações privadas de apoio. Assim, o destino jurídico das questões aqui enfrentadas merece acompanhamento atento para que se desnovele à luz do princípio da vedação do retrocesso social, patrimônio e valor agregado da sociedade.

Notas

- 1 Art. 56 da Lei 4.320/64 - O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.
- 2 Art. 38 - “Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.”
- 3 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;
- 4 XIII - contrato de instituição nacional que regimental ou estatutariamente seja incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que possuam inquestionável reputação ético profissional e não tenham fins lucrativos
- 5 “A participação de servidor público federal nas atividades de que trata este artigo está sujeita a autorização prévia da instituição apoiada, de acordo com as normas aprovadas por seu órgão de direção superior”.
- 6 Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, ao Distrito Federal e aos Municípios: §6º - Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155 §2º, XII, g