

Universidade pública e fundações privadas: aspectos conceituais, éticos e jurídicos

Adusp

novembro de 2004

**Uníversidade pública
e fundações privadas:
aspectos conceituais,
éticos e jurídicos**

DIRETORIA

Américo Sansigolo Kerr, Francisco Miraglia, César Augusto Minto,
Lucília Daruiz Borsari, Raquel Aparecida Casarotto, Sérgio Tadeu Meirelles,
Roberto Ramos Jr., Flávio César Almeida Tavares, João Alberto Negrão,
Elenice Mouro Varanda, Oziride Manzolli Neto

Editor: Pedro Estevam da Rocha Pomar

Assistente de redação: Eliza Mayumi Kobayashi

Preparação de texto: Almir Ricardi

Editor de Arte: Luís Ricardo Câmara

Assistente de produção: Rogério Yamamoto

Capa: Luís Ricardo Câmara

Secretaria: Alexandra M. Carillo e Aparecida de Fátima dos R. Paiva

Distribuição: Marcelo Chaves e Walter dos Anjos

Impressão: Forma Certa

Tiragem: 1.500 exemplares

Adusp - S. Sind.

Av. Prof. Luciano Gualberto, trav. J, 374

CEP 05508-900 - Cidade Universitária - São Paulo - SP

Internet: <http://www.adusp.org.br>

E-mail: imprensa@adusp.org.br

Telefones: (011) 3813-5573/3091-4465/3091-4466 • Fax: (011) 3814-1715

Sumário

Apresentação	4
Carta ao Ministro da Educação	5
Fundações: uma opção privatizante para as Universidades	6
Relatório de Minoria dos Representantes da Adusp no Grupo de Trabalho das Fundações da Reitoria da USP	17
Seminário Jurídico “O Ensino Público e as Fundações de Apoio” ..	22
Análise do seminário Novos modelos, velho direito	129
Parecer jurídico Fundações privadas x Universidade pública ..	140

Apresentação

As fundações ditas “de apoio” são organismos privados que ao longo das últimas décadas disseminaram-se de forma ampla e preocupante no âmbito das instituições públicas de ensino superior.

A Adusp tem desenvolvido um intenso trabalho de pesquisa e análise destes organismos na USP, o que nos permitiu constatar que elas têm representado a privatização e a desvirtuação de atividades de ensino, pesquisa e extensão em uma instituição de caráter estritamente público.

Este livro reúne parte do material que resultou desse trabalho, discutindo os problemas conceituais, éticos e jurídicos causados pela presença dessas organizações no interior da universidade pública. Alguns dos documentos incluídos nesta edição já foram publicados e amplamente divulgados, como é o caso da proposta da diretoria da Adusp apresentada no GT Fundações organizado pela Reitoria da USP. No entanto, consideramos importante colecioná-los em uma única edição, propiciando a integração de análises, reflexões e dados sobre esta questão tão importante. De outro lado, pela primeira vez apresentamos a transcrição completa do seminário acerca dos problemas jurídicos acarretados pela atual relação entre a universidade e as fundações privadas, organizado pela Adusp em março de 2004 e intitulado “O Ensino Público e as Fundações de Apoio”.

Esperamos que esta edição seja uma contribuição para retomarmos o processo de construção de uma universidade pública na lógica de seu funcionamento e na destinação da sua produção, democrática, academicamente forte e socialmente referenciada. Para isto, é imperativo reverter o processo de implantação de uma lógica privatista e mercantil que sacrificará, estruturalmente, a possibilidade de contribuirmos para a construção de um país socialmente mais justo, autônomo e soberano, onde o exercício da cidadania e o acesso ao conhecimento se tornem, efetivamente, direitos sociais universais.

Diretoria da Adusp
Novembro de 2004

Carta ao Ministro da Educação

São Paulo, 18 de fevereiro de 2004.

Exmo. Sr. Ministro do Estado da Educação
Tarso Genro
A/C da Diretoria do Sindicato Nacional do Andes/SN

Sr. Ministro

A divulgação oficiosa do documento elaborado pelo Grupo Interministerial para apresentar propostas de reformas para a universidade brasileira, dentre outras propostas que nos causaram espécie, apresenta as “Fundações de Apoio” como imprescindíveis para as universidades federais.

A Adusp desde 2000 vem pesquisando a atividade das fundações da USP, tendo publicado diversos artigos na *Revista Adusp* (edições 22, 23 e 24), o “Dossiê Fundações” em 2001 e outras matérias em edições subseqüentes.

No texto anexo, elaborado especialmente para ser entregue ao MEC, destacamos partes importantes desta pesquisa. Nele estão os elementos concretos que embasam nossa convicção de que as fundações comprometem o caráter público das universidades desvirtuando o papel fundamental que elas devem desempenhar para o país.

Esperamos que o documento anexo seja analisado atentamente pelo MEC, contribuindo para direcionar suas ações para que a universidade pública brasileira atenda aos interesses da maioria da população brasileira, com gestão autônoma e democrática, produzindo arte, cultura, ciência e tecnologia de qualidade. Isso é indispensável para que ela cumpra seu papel fundamental no desenvolvimento soberano e auto-sustentado do país.

Atenciosamente.
Américo A. F. S. Kerr
Presidente da Adusp-S.Sind.

Fundações: uma opção privatizante para as Universidades

O documento preparado pelo Grupo Interministerial incumbido de “sugerir idéias para enfrentar a crise atual das universidades federais e orientar o processo de reforma da universidade brasileira, para fazer dela um instrumento decisivo da construção do Brasil ao longo do século XXI”, traz as seguintes referências às fundações universitárias ditas “de apoio” (os grifos são nossos):

2.5 Regulamentação das relações entre as universidades e as fundações de apoio

Como forma de contornar a falta de autonomia legal, a partir dos anos 80, as universidades passaram a utilizar fundações de apoio, contratadas pelos órgãos de controle e pela comunidade. *Na realidade de hoje não é possível prescindir das fundações, que têm um grande papel a cumprir no funcionamento autônomo das universidades federais*, ao mesmo tempo em que se definem regras claras para o funcionamento delas, pela lisura e transparência. *Nesse sentido, o MEC e o MCT elaboraram uma proposta de regulamentação das relações entre universidades e fundações de apoio, já em tramitação no Governo, na forma de proposta de Decreto.*

A afirmação de que “não é possível prescindir das fundações” não se deixa acompanhar por nenhum dado concreto, constituindo um axioma inaceitável num documento desse tipo, especialmente por ser notório o potencial polêmico e conflituoso dessas instituições. O GI simplesmente tomou à risca um dos elementos centrais do discurso dos defensores das fundações, o *auto-elogio*, sem interrogar-se sobre seu teor.

Tão grave quanto o raciocínio que torna as fundações “imprescindíveis” é seu desdobrar no documento do GI, atribuindo-lhes “um grande papel a cumprir no funcionamento autônomo das universidades federais”. Triplo equívoco. Primeiro por considerar que as fundações poderão aportar recursos significativos às universidades. Segundo, precisamente por resumir a autonomia à sua faceta financeira, desconhecendo portanto as distorções e desequilíbrios introduzidos por tais instituições privadas *em todos os aspectos da vida universitária*, com graves prejuízos para o ensino, a pesquisa e a extensão. Terceiro, porque a crítica recorrente à “burocracia” não é um argumento sustentável para que as universidades deixem de captar estes recursos por meios públicos e os administrem de forma pública, ou seja, sob o rigor do controle público. A possibilidade de gestão e apropria-

ção privadas destes recursos, conseguidos com o prestígio da universidade pública, é que tem motivado sua captação por estes organismos privados.

Cabe assinalar que a auto-definição das fundações privadas “de apoio” como entidades “sem fins lucrativos” escamoteia a vocação e as práticas empresariais da maior parte delas, organizadas que são com o propósito de realizar *negócios* — assessoria, consultoria, projetos, cursos pagos — que propiciem remuneração adicional aos docentes que nelas atuam. Note-se que sua condição jurídico-formal de entidades “incumbidas estatutariamente de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional”, e “sem fins lucrativos”, concede-lhes privilégios como isenção fiscal (letra “c”, do inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal; e MP 1858-6 para o caso da Cofins) e dispensa de licitação por parte do poder público.

É preocupante que o governo disponha-se, como revelado no documento do GI, a *regulamentar por decreto* as relações entre universidades e fundações, sem consultar a comunidade universitária, sem abrir o debate a respeito, e assim sem refletir sobre a experiência das universidades públicas brasileiras que convivem com a mercantilização do saber em todas as formas no interior de suas estruturas, o que as descaracteriza fundamentalmente e gera permanentes conflitos de interesse.

Fundações que se apóiam na USP

A Universidade de São Paulo (USP) abriga em seus *campi* nada menos do que três dezenas de fundações privadas ditas “de apoio” e um número incalculável de entidades assemelhadas (“centros” e outras): provavelmente é a universidade pública brasileira a relacionar-se com o maior número de instituições desse tipo.

A Associação dos Docentes da USP (Adusp Seção Sindical do Andes/SN) vem, desde 2000, pesquisando em profundidade a atividade das fundações, suas receitas e despesas, o modo como se relacionam com a USP e com outros entes públicos, o valor dos repasses financeiros efetuados às unidades que as sediam (escolas, faculdades, institutos) e aos fundos da universidade.

Essa investigação resultou na publicação, pela *Revista Adusp* (edições 22, 23 e 24), do “Dossiê Fundações”, em 2001, e posteriormente (2002, 2003) de novas matérias com consistente e diversificada informação sobre essas instituições privadas. Oferecemos, assim, farto material sobre o tema, tendo como principais fontes os documentos das próprias fundações, além de documentos emitidos pelo poder público, o que fez

do “Dossiê Fundações” da *Revista Adusp* uma referência nacional para os interessados na questão.

Creemos que é de nosso dever indicar algumas das conclusões a que chegamos e que foram corroboradas por dados recentes:

- 1 - As fundações privadas “de apoio”, consideradas em seu conjunto, historicamente transferem à USP recursos cujo montante equivale a *menos de 2% do Orçamento anual da universidade*;
- 2 - As maiores fundações repassam à USP, individualmente, somente 5% ou menos de toda a receita que arrecadam anualmente;
- 3 - Na quase totalidade das fundações, os recursos arrecadados são, na sua maior parte, *apropriados privadamente* pelos docentes que delas fazem parte;
- 4 - Parcela substantiva das verbas auferidas pelas fundações ligadas à USP provém de órgãos públicos federais, estaduais e municipais. Na década de 1990, tais verbas chegaram a representar até 80% da receita total de algumas das fundações. A maior parte desses contratos não passou por licitação, como revela estudo do Tribunal de Contas da União (TCU);
- 5 - Os cursos pagos promovidos pelas fundações tornaram-se uma indústria, comprometendo e ferindo o caráter público da USP, em descumprimento flagrante dos artigos 206 e 208 da Constituição Federal (gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais e acesso segundo a capacidade de cada um), a tal ponto que, atendendo à pressão de entidades representativas, a Pró-Reitoria de Pós-Graduação decidiu, em 2002, suspender a autorização para novos cursos pagos de pós-graduação *lato sensu*;
- 6 - As fundações apropriaram-se do símbolo da USP, utilizando-o como uma logomarca ao seu bel-prazer e sem qualquer ônus em anúncios e materiais de propaganda, e ocuparam prédios e instalações da universidade, em vários casos permanentemente;
- 7 - Além de quebrar a isonomia salarial, as atividades privadas (cursos pagos, projetos de consultoria e outras) vêm induzindo modificações na graduação e na pós-graduação gratuitas, afetando a grade curricular, o programa das disciplinas e a relação entre docentes e alunos, bem como o objeto das pesquisas, que passou a ser determinado, em larga escala, pelo “mercado”;

- 8 - Não há controle efetivo, pela universidade, das fundações, nem das atividades dos docentes em regime de dedicação integral (RDIDP) parcialmente liberados para atividades privadas;
- 9 - Conflitos de interesse proliferam, na medida em que autoridades da USP (reitores, diretores, chefes de departamento, coordenadores), às quais caberia fiscalizar as fundações e seu relacionamento com a universidade, em diversos casos são ou foram participantes dessas instituições privadas e habitualmente até seus dirigentes.

Acreditamos que este padrão seja encontrado também nas fundações que se relacionam com as universidades federais, mesmo porque várias delas atuam em ambas as frentes, havendo sete fundações privadas credenciadas no MEC que “apóiam”, *concomitantemente*, a USP e instituições federais de ensino (<http://www.mec.gov.br/sesu/ftp/credenciada>).

O padrão indica que, ao contrário do que propõe o texto do GI, as fundações “de apoio” *são prescindíveis*. Ademais, sua lógica é mercantil, norteadada pelo lucro. Portanto, ao invés de terem um papel a desempenhar na autonomia da universidade pública, *elas ameaçam tal autonomia*, pois comprometem a autodeterminação do saber, a gratuidade do ensino e o compromisso que a universidade deve ter com um projeto de desenvolvimento autônomo e auto-sustentado para o país.

Até agora, apresentamos pouco mais do que generalizações. Por isso, elencamos a seguir dados que ilustram, com maiores detalhes, as afirmações feitas acima.

Alta lucratividade, baixos repasses

De acordo com os dados da Coordenadoria de Administração Geral (Codage-USP), em 1999 e 2000 somente 21 das 30 fundações privadas “de apoio” efetuaram repasses à USP. O total repassado no período somou R\$ 22,354 milhões. Em 1999 foram R\$ 9,106 milhões; em 2000, R\$ 13,248 milhões. O Orçamento da USP, vinculado ao repasse de 5,0295% da cota-parte do ICMS, foi de R\$ 918 milhões em 1999 e R\$ 1,173 bilhão em 2000. Assim, os repasses das 21 fundações foram equivalentes a, respectivamente, *apenas 1% e 1,5% do total do Orçamento da universidade*.

Alguns exemplos de repasses das fundações atuantes na USP, com base nos dados fornecidos pelas próprias instituições:

Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico da Odontologia (Fundecto)

Vinculada à Faculdade de Odontologia.

Receita em 2000: **R\$ 4,33 milhões**

Repasso à USP em 2000: **R\$ 368 mil** (8,51% da receita total)

Fundação Vanzolini (FCAV)

Vinculada à Escola Politécnica.

Receita em 2000: **R\$ 12,5 milhões**

Repasso à USP em 2000: **R\$ 468 mil** (3,7% da receita total)

Fundação Instituto de Administração (FIA)

Vinculada à Faculdade de Economia e Administração.

Receita em 2000: **R\$ 50,3 milhões**.

Repasso à USP em 2000: **R\$ 2,3 milhões** (4,5% da receita total)

Os dados mais recentes, de 2001, enviados ao Grupo de Trabalho sobre Fundações instituído pela Reitoria em 2003, indicam que na USP continua a ocorrer o fortalecimento econômico-financeiro das fundações “de apoio”, inclusive as menores, ou seja, *a privatização expande-se*. As 25 entidades que aceitaram enviar seus dados movimentaram em 2001, computando-se a soma das suas receitas, R\$ 457.814.558,14 (**Tabela 1**, p. 13), *o equivalente a 36% do Orçamento da USP no mesmo ano*, que foi de R\$ 1,273 bilhão.

Ao contrário do que muitos imaginam, esse montante de receitas das fundações não integra o Orçamento da USP, que é constituído por repasses oriundos do Tesouro estadual. A Codage, órgão da Reitoria responsável pelo controle do fluxo de receitas vinculadas à universidade, declara desconhecer os valores repassados pelas fundações em 2001 a departamentos e unidades, e informa ter nos registros referentes a 2001 *somente as cifras referentes aos repasses das fundações à Reitoria*, cujo montante no período foi de R\$ 3.361.470,03 (0,7% da receita total apurada por elas!).

Sabendo-se que os repasses à Reitoria costumam corresponder a cerca de 1/4 do montante repassado pelas fundações, sendo o restante destinado a departamentos e unidades, podemos estimar em R\$ 13,445 milhões o total repassado à USP em 2001. Ou, se supusermos com otimismo que o repasse cresceu na mesma proporção que no período 2000/1999 (45%), chegaremos à cifra de R\$ 19,546 milhões. *Portanto, o repasse global à USP terá variado entre 2,9% e 4,26% do montante arrecadado pelas fundações.*

Ao compararmos os repasses estimados ao Orçamento da USP de 2001, teremos o equivalente a 1,05% e 1,53%.

O total das receitas obtidas em 2001 por cinco fundações “de apoio” do setor de saúde, que incluem nos seus orçamentos verbas do Sistema Único de Saúde (SUS), foi de R\$ 299.366.732,73. O total das receitas obtidas pelas outras 20 fundações foi de R\$ 158.447.825,41. Deve-se considerar, no entanto, que as entidades do setor de saúde não arrecadam exclusivamente verbas do SUS, e que a Fundação Faculdade de Medicina (FFM), que gere o Hospital das Clínicas de São Paulo, pura e simplesmente excluiu da sua contabilidade a verba SUS (**Tabela 2**, p. 13).

Assim, se se quiser conhecer a parte das receitas do sistema que não tem origem no SUS, deve-se subtrair, da arrecadação global em 2001 daquelas 25 fundações “de apoio”, somente as receitas SUS. Como estas totalizaram R\$ 163.382.495,18 (sabendo-se que os ingressos da FFM nessa rubrica não foram informados e portanto não estão computados nesse montante), pode-se concluir que em 2001 *a entrada de recursos “não SUS” no sistema fundacional privado atuante na USP foi da ordem de R\$ 294.432.062,96*. Quantia que revela a pujança dos negócios privados praticados nos *campi* e nos hospitais da USP — em detrimento do caráter público e gratuito da universidade, e às expensas do seu patrimônio — e reitera que, ao contrário do alardeado, as fundações “de apoio” têm finalidades lucrativas.

Embora a maior parte dos recursos que ingressam nas fundações ligadas aos HCs tenha destinação pública e não privada, o levantamento da *Revista Adusp* indica que parcela não desprezível das verbas do SUS termina por ser empregada com fins e legalidade questionáveis, como a “taxa de gestão” cobrada pelas instituições privadas, que é de 7,5% no caso da FFM; a “segunda porta” instituída nos HCs — atendimento remunerado oferecido a usuários de seguro-saúde e pacientes particulares, abrindo caminho à privatização da saúde; e até contratações como a de 14 docentes que lecionam na Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, mas são funcionários da Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (Faepa), pagos com verba do SUS.

Acrescente-se que as fundações que gerenciam os complexos hospitalares vinculados à USP obtiveram certificado de entidade filantrópica, emitido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), e que as isenta da obrigação de recolher a devida contribuição previdenciária de funcionários e contratados. A própria FFM revela as dimensões desse privilégio fiscal: “a contribuição previdenciária aproximada devida, caso não gozasse de isenção,

poderia ser assim demonstrada”: R\$ 23,78 milhões em 1999 e R\$ 24,65 milhões em 2000 (FFM, *Demonstrações Financeiras 2000*, p. 10).

Tabela 1 - Receitas das fundações privadas “de apoio” em 2001 (em R\$)

Entidade	Receita total
Zerbini	153.473.629,47
Faepa	75.071.213,15
FIA	56.471.298,01
Fipe	29.246.423,74
Fundherp	27.198.164,49
Fipecafi	26.855.669,00
FFM	22.231.773,72
Funcraf	21.391.951,90
FCAV	18.978.476,42
Fundace	5.334.508,90
Fundecto	4.449.695,82
FUSP	3.378.785,03
Fipai	2.991.818,48
Fipfarma	2.485.191,15
Fundespa	1.930.705,46
FAFQ	1.699.402,30
Fealq	1.452.579,27
Fupam	1.086.003,00
Fafe	738.411,42
Funorp	630.255,71
Funbeo	315.167,02
Fumvet	243.374,12
Fierp	139.932,53
Arcadas	18.050,00
FAC	2.078,03
TOTAL GERAL	457.814.558,14

Fonte: relatórios Sicap fornecidos ao GT Fundações

Tabela 2- Fundações do setor de saúde e receitas SUS em 2001 (R\$)

Entidade	Receita total	Receita SUS
Zerbini	153.473.629,47	57.912.256,49
Faepa	75.071.213,15	67.244.994,59
Fundherp	27.198.164,49	17.437.676,65
FFM	22.231.773,72	0,00
Funcraf	21.391.951,90	20.787.567,45
TOTAIS	299.366.732,73	163.382.495,18

Fontes: relatórios Sicap fornecidos ao GT Fundações

Cursos pagos

As três fundações “de apoio” que atuam na Faculdade de Economia e Administração (FEA) obtiveram uma receita conjunta de R\$ 112 milhões, em números redondos (**Tabela 3**). A Fundação Vanzolini, ligada à Escola Politécnica, manteve trajetória ascendente, atingindo receita de quase R\$ 19 milhões: um salto de 51% em relação aos R\$ 12,5 milhões arrecadados em 2000. Ao mesmo tempo, já são dez as “pequenas” fundações situadas na faixa de arrecadação anual que vai de R\$ 1 milhão a R\$ 6 milhões.

Em 2001 a FIA arrecadou mais de R\$ 32 milhões com cursos pagos, o que representa 57% da sua receita total de R\$ 56 milhões. O montante de recursos obtidos pela fundação com a venda de cursos pagos (*MBA* e outros) é maior do que o orçamento da FEA, unidade à qual está vinculada, e que se situa abaixo de R\$ 30 milhões.

Tabela 3- Fundações da FEA: receitas em 2001 (R\$)

Entidade	Receita total	Receita c/ cursos	Receita c/ pesquisas
FIA	56.471.298,01	32.289.626,25	19.078.566,49
Fipe	29.246.423,74	4.258.689,06	24.260.661,56
Fipecafi	26.855.669,00	9.649.493,08	17.182.365,92
TOTAIS	112.573.390,75	46.197.808,39	60.521.593,97

Fontes: relatórios Sicap fornecidos ao GT Fundações

A apropriação privada do excedente

A apropriação da maior parte do excedente financeiro (receitas menos despesas) obtido a cada ano pelas fundações “de apoio” é privada, como já relatado. Valores contabilizados na forma de “pagamentos de serviços a terceiros”, ou “prestação de serviços por pessoas jurídicas”, estas últimas não raramente em empresas constituídas pelos próprios docentes que realizaram a atividade.

Desse modo, os excedentes não assumem a forma contábil de “lucro”. Eles remuneram em primeiro lugar os denominados “coordenadores de projetos” e seus colaboradores; em menor escala, a própria fundação (*overhead*); e, só depois, a USP (repasses ao departamento, à unidade, e à Reitoria).

Um indicador de quão ínfimas são as transferências realizadas à USP é a relação superávit-repasses. Frequentemente, os superávites das fundações são largamente superiores aos repasses.

Ao investigar a documentação contábil da Fundação Bauruense de Estudos Odontológicos (Funbeo), vinculada à Faculdade de Odontologia de Bauru, um fiscal da Receita Federal assim descreveu o arranjo utilizado:

“Quanto aos gastos, a despesa mais relevante registra-se na conta ‘Prestação de Serviços por Pessoas Jurídicas’, cujos percentuais, nos anos-calendário examinados, situam-se em torno de 60,93% a 69,59%, em relação aos valores obtidos na conta de receita ‘Cursos de Aperfeiçoamento’. E, pelo que se sabe, a conta de despesa ‘Prestação de Serviços por Pessoas Jurídicas’ abriga, essencialmente, os pagamentos aos professores em função das aulas ministradas nos referidos cursos” (*Revista Adusp* 31, 2003, p. 89).

A Fundação Vanzolini (FCAV), vinculada à Escola Politécnica, onde ocupa um prédio inteiro, arrecadou R\$ 12,5 milhões em 2000, repassando à USP só R\$ 0,468 milhão (3,7% da receita), ao passo que *os pagamentos a pessoas físicas e jurídicas somaram R\$ 6,1 milhões (49%)*.

Outro exemplo: em 1998, a FIA arrecadou R\$ 64,9 milhões, dos quais R\$ 35,4 milhões (54%) foram destinados a “despesas com pessoal técnico”, o que inclui honorários de docentes, pessoas físicas e jurídicas, e técnicos. Note-se que o pagamento dos funcionários da FIA, que chegaram a ser 346 naquele ano, está em outra rubrica, “pessoal administrativo”, e consumiu R\$ 7,9 milhões (12% da receita). O *overhead* ficou em R\$ 9,8 milhões (15% da receita) e o superávit em R\$ 1,6 milhão. Como essa pujança refletiu-se em termos de repasses financeiros para a USP? *Muito modestamente: só há registro, nos documentos da própria FIA, do repasse de R\$ 0,88 milhão para a universidade (1,35% da receita)*.

Não escapam a ninguém as distorções provocadas por tamanha quebra da isonomia salarial, pois não raramente a remuneração adicional obtida supera o salário em duas vezes ou mais. Em 2000, a mesma FIA repassou ao Fundo de Taxas de Convênio da Reitoria, segundo a Codage, a quantia de R\$ 1,075 milhão, referente aos 5% previstos na Resolução 4543/98 da USP. Isso demonstra que o *bolo* da remuneração dos docentes ligados a essa fundação foi de R\$ 21,5 milhões, em números redondos, e que, como havia então 55 docentes em atividade na FIA, cada um deles fez jus, em média, a R\$ 390 mil nesse ano! Deixe-se claro que esta conta não inclui os salários.

Sem licitação

Em estudo sobre 1824 contratos de consultoria firmados por 219 órgãos e entidades da administração pública federal entre os anos de 1997

e 1999, o Tribunal de Contas da União (TCU) verificou que “pelo menos 1352 (74%) foram firmados através de dispensa ou de inexigibilidade de licitação”. Houve 646 dispensas, das quais “250 (38%) foram realizadas tendo como base o inciso XIII, do art. 24 da Lei 8666/93, sendo que, na quase totalidade dos casos, foram contratadas ‘fundações de apoio a universidades’ ”, diz o relatório *TC-005.168/2000-5*, de 7/2/2001;

No mesmo relatório, o TCU relacionou duas fundações da USP, Fipecafi e FIA, entre os “10 maiores contratados por total de valores contratados”, com R\$ 34,9 milhões e R\$ 32 milhões respectivamente, e também entre os “10 maiores contratados por quantidade de contratos”, 11 e 17 respectivamente, dos quais só dois foram licitados. A Fundação Universidade de Brasília (FUB) também aparece em ambas as listas, com 11 contratos e R\$ 54,4 milhões.

Conclusão

Estes dados representam uma pequena amostra de tudo que levantamos, mas permitem que se tenha uma idéia do grave quadro de distorções criado pela atividade dessas organizações no âmbito da USP. Acreditamos, infelizmente, que ele não se diferencia do que vem ocorrendo na maioria das universidades públicas do Brasil, estaduais e federais.

Esperamos que eles sejam seriamente estudados pelo Grupo Executivo incumbido da reforma universitária, para que os interesses privados orientados exclusivamente pelo lucro não venham a prevalecer sobre os princípios que fundamentam a universidade pública, gratuita, de qualidade e socialmente referenciada.

Lembramos, contudo, que a expansão deste mecanismo de privatização das universidades encontrou campo fértil no arrocho de salários e na redução dos recursos para o financiamento público dos trabalhos de ensino, pesquisa e extensão.

É fundamental, portanto, uma ação que resgate a dignidade salarial e o financiamento público às atividades universitárias. Recursos privados devem ser captados e geridos de forma pública e transparente, em projetos que sejam de interesse acadêmico. Isso permite que o trabalho não seja dirigido por contingências econômicas pessoais ou imediatistas. Esses elementos são indispensáveis ao cumprimento do papel social da Universidade como produtora de um saber essencial para o desenvolvimento autônomo e auto-sustentado do país e ao atendimento das demandas sociais da maioria da população.

Nota

Baseado nos artigos publicados pela *Revista Adusp*, disponível na página www.adusp.org.br.

Relatório de *M*inória dos Representantes da Adusp no Grupo de Trabalho das Fundações da Reitoria da USP

Por um processo de transição

Introdução

A reflexão e o debate sobre as fundações privadas que atuam na USP ocorrem há mais de uma década. Em 2001, a *Revista Adusp* publicou o “Dossiê Fundações” que teve forte impacto na comunidade. No mesmo ano, o Conselho Universitário da USP foi impedido, pelo movimento estudantil, de deliberar sobre uma proposta de regulamentação das fundações que não havia sido debatida na universidade. Desde então, o tema foi ganhando espaço e, em 2002, a Reitoria da USP constituiu uma Comissão Especial de Fundações que, em seu relatório final, sugeriu a criação de um Grupo de Trabalho.

O GT Fundações foi constituído e, desde fevereiro de 2003, debateu os diversos aspectos relativos à criação, à atuação e aos efeitos das fundações privadas, ditas de apoio, na universidade. As discussões, no âmbito do GT, foram muito proveitosas, e ao longo de todo o processo a *Adusp*, através de seus cinco representantes, sensível a argumentos substantivos apresentados nesse GT, mas sem perder de vista seus princípios e sua visão de universidade pública, elaborou uma proposta que forma um todo orgânico. Considerando que tal proposta, se apresentada parcialmente, ficaria desfigurada, a *Adusp* optou por apresentá-la ao CO na sua íntegra. Esta proposta trata de questões fundamentais e de princípio, sem pretender abordar os detalhes e as regulamentações necessárias para a sua implementação. Entendem os proponentes que isso seria matéria a ser analisada posteriormente por grupos especialmente criados com essa finalidade. É necessário destacar de forma eloqüente que, ao longo dos debates, não foram apresentados argumentos acadêmicos que justificassem a necessidade de fundações privadas em uma universidade pública. Por outro lado, ficou evidente que as fundações privadas, criadas com o pretexto de contornar dificuldades de natureza administrativa e entraves legais, acabaram por gerar enormes distorções nas atividades de ensino, pesquisa e extensão desenvolvidas na universidade.

A proposta aqui apresentada tem como eixo central a construção de um processo de transição para uma situação em que o relacionamento da universidade com fundações privadas ocorra exclusivamente por

motivação de natureza acadêmica, seguindo princípios que garantam os aspectos éticos e legais que devem nortear as atividades de uma universidade pública.

Consideramos importante que antes da deliberação pelo CO haja ampla discussão acerca do papel das fundações privadas no interior da universidade, com a divulgação dos depoimentos que ajudaram a instruir o processo de discussão dentro do GT Fundações. Igualmente importante é que representantes dos diversos relatórios apresentados ao Reitor tenham direito à palavra nas sessões do CO que irão debater o tema das fundações.

Em relação à questão das Fundações Privadas

Está claro que não é possível, do dia para a noite, mudar a natureza de um tecido social construído ao longo de décadas. Por outro lado, a universidade pública não pode promover, acolher ou ser conivente com a utilização de seus recursos materiais e humanos e do seu prestígio social para o estabelecimento e desenvolvimento de empresas privadas de serviços, que operam a partir do seu interior. Nossa proposta, portanto, é a construção de um processo de transição para uma universidade efetivamente pública na lógica de seu funcionamento e na destinação da sua produção; uma universidade na qual a origem e o destino de suas ações sejam o ensino e a pesquisa de qualidade, onde a extensão cumpra papel importante na captação de questões relevantes para essas atividades e na sua realimentação para a sociedade onde esta inserida.

Este processo de transição deverá incluir as seguintes providências:

1. Criação de um órgão central (secretaria ou coordenadoria), ligado à Reitoria, para gerenciar convênios, assim como para identificar e remover entraves burocráticos e administrativos ao desenvolvimento de projetos de ensino, pesquisa e extensão que sejam do interesse acadêmico da instituição.
2. Ação política da administração central da USP no sentido de remover, respeitadas as regras básicas de controle e transparência no uso do dinheiro público, as dificuldades legais e administrativas que hoje impedem o bom andamento do trabalho acadêmico e a administração da universidade. Estas ações poderiam, por exemplo, ser executadas em comum acordo com as outras universidades estaduais, através do Cruesp.

3. Neste período de transição e enquanto é negociada a adaptação das regras de controle administrativo, a USP contará com o apoio de **apenas uma fundação, pública**, de modo a não dificultar o desenvolvimento do trabalho acadêmico.
4. O corpo docente e as Unidades da USP deverão ser incentivados a utilizar a secretaria (ou coordenadoria) proposta no item 1, e, quando necessário, a fundação pública mencionada no item acima, para encaminhar, através de convênios ou de outros mecanismos, a interação com os diversos segmentos da sociedade. A perspectiva é que este processo conduza a uma situação em que qualquer tipo de fundação, inclusive a fundação pública proposta no item 3, seja supérflua.
5. Tanto a secretaria (ou coordenadoria) quanto a fundação pública devem ter caráter estritamente operacional, com quadros técnicos e administrativos enxutos e altamente qualificados. Não terão competência no que se refere às atividades de formação e pesquisa, tendo como fim exclusivo dar apoio técnico às operações de interação da universidade com a sociedade.
6. Deverá ser vedado o estabelecimento de convênio entre a USP e qualquer fundação privada que tenha em sua administração ou conselho curador docentes em RDIDP, membros da administração da universidade ou de seu Conselho Universitário.

Em relação a cursos pagos

Durante os debates ocorridos no GT Fundações sobre esta questão, ficou claro que a Constituição Federal impõe a gratuidade de qualquer forma de ensino sob responsabilidade de uma universidade pública. Assim, a Constituição torna expressamente proibida a cobrança de cursos, de qualquer espécie, sob responsabilidade da USP.

Em relação ao RDIDP

Consideramos que este deve ser o regime preferencial de trabalho na universidade em todas as áreas. Tendo em vista os princípios enunciados no item relativo às fundações privadas, particularmente o segundo, todas as atividades acadêmicas desenvolvidas pelos docentes em RDIDP devem estar intrinsecamente ligadas ao trabalho de ensino e pesquisa. Conseqüentemente:

- tais atividades devem constar de seu plano de trabalho no Departamento e/ou Unidade, fazendo parte integrante de suas tarefas na universidade;
- as relações do docente em RDIDP com a sociedade, no âmbito de suas atividades acadêmicas, devem se dar por vias institucionais e não individuais;
- não há justificativa acadêmica para a existência de complementações salariais.

É importante destacar que a utilização destes critérios e princípios não compromete as possibilidades de interação da universidade pública com os diversos setores da sociedade.

Deve-se ressaltar ainda que há lugar na universidade para especialistas que têm contribuição a dar ao trabalho acadêmico, mas cuja opção principal não é a dedicação exclusiva a esta forma de trabalho. Portanto, a existência dos regimes de RTC e RTP é necessária para o desenvolvimento da universidade.

Concluimos esta reflexão afirmando que não há justificativa de espécie alguma para a “flexibilização” do RDIDP. Defendemos a sua retirada do Estatuto da USP.

Agosto de 2003

Benedito Honório Machado

Ciro Teixeira Correia

João Zanetic

Francisco Miraglia

Marco Antônio Brinati

Marcos Nascimento Magalhães

Suzana Salem Vasconcelos

Representantes da Adusp no GT Fundações

Seminário Jurídico

“O Ensino Público e as Fundações de Apoio”

Auditério Abrahão de Moraes (IF), 12 de março de 2004

Debate de abertura

Maria Sylvia Zanella di Pietro – Professora titular da Faculdade de Direito da USP – *“O ensino público e as fundações de apoio”*

Marcos Augusto Maliska – Procurador federal lotado na UFPR e professor de Direito Constitucional – *“Limites e possibilidades da participação privada na educação pública superior segundo a Constituição brasileira”*

Marcelo André Azevedo – Promotor de justiça em Anápolis (GO) – *“Fundações de apoio e moralidade administrativa”*

Debate sobre o tema “Cursos Pagos”

Alessander Sales – Procurador da República (CE)

Ana Maria da Cruz – Procuradora Sub-Chefe da Consultoria Jurídica da USP

Marcelo Chalreo – Advogado e membro do coletivo jurídico do Andes-SN

Debate sobre o tema “Controle e Fiscalização”

Marlon Weichert - Procurador da República (SP)

Floriano de Azevedo Marques - Professor de Direito Público da Faculdade de Direito da USP

“O Ensino Público e as Fundações de Apoio”

Maria Sylvia Zanella di Pietro – Professora titular da Faculdade de Direito da USP – *“O ensino público e as fundações de apoio”*

Marcos Augusto Maliska - Procurador federal lotado na UFPR e professor de Direito Constitucional – *“Limites e possibilidades da participação privada na educação pública superior, segundo a Constituição brasileira”*

Marcelo André Azevedo – Promotor de justiça em Anápolis (GO) – *“Fundações de apoio e moralidade administrativa”*

Abertura

• Américo Kerr

Presidente da Associação dos Docentes da USP

A Adusp, desde o ano 2000, tem desenvolvido uma pesquisa profunda e intensa sobre a questão das fundações de direito privado, ditas de apoio, que têm funcionado junto às universidades. O farto material levantado tem sido publicado nas revistas da Adusp desde então, em sucessivas edições, e tem mostrado a importância de se discutir a atuação das fundações porque essa tem se revelado uma face privada de operação da universidade. A importância de discutir esse tema tem crescido, particularmente, porque aqui na USP, neste semestre, nós vamos ter o debate no Conselho Universitário que vai discutir a regulamentação dessas fundações. E no cenário nacional também, pois foi criado, no semestre passado, um grupo interministerial para debater a reforma universitária, que coloca as fundações de apoio como indispensáveis para a autonomia da universidade.

Eu gostaria de traduzir algumas das conclusões que nós temos tirado em relação às fundações, analisando números que nós, inclusive, tivemos o cuidado de encaminhar para o MEC. Então, vamos olhar um pouquinho para os dados que elas mesmas têm apresentado.

No ano de 2001, das 30 fundações que funcionavam aqui na USP,

25 apresentaram balanços de suas atividades e houve uma arrecadação de 457 milhões de reais, o que representou naquele ano 36% do orçamento da USP. Então, seria de se perguntar: como é que vamos abrir mão de 457 milhões, ou 36% do orçamento da universidade?

O fato é que esses 36% do orçamento são só um fator de comparação. Não entram para a universidade. A transferência está entre 3% e 5% — na verdade, 4,7% — desses 457 milhões, o que, no orçamento em si, vão representar no máximo 1,5%. Então, apesar de haver um volume monumental de recursos, estes não entram efetivamente na universidade, mas vão para organismos que têm características privadas, tanto de recolhimento quanto de utilização dos recursos. Percebe-se daí que uma parcela significativa disso, sempre acima de 50%, acabam indo para aqueles que são coordenadores ou executores do trabalho ali dentro. Isso quando é possível se avaliar, e essas avaliações são sempre indiretas porque não há uma transparência grande no trato das fundações.

Só para se ter uma idéia, nesse mesmo ano de 2001, na FIA, a estimativa nossa é que, em média, houve uma distribuição de R\$ 390 mil para cada um dos 55 docentes que estavam trabalhando na fundação. E uma parcela grande do recolhimento desses recursos está acoplada à realização de cursos, cursos pagos. Portanto, do nosso ponto de vista, isso fere a Constituição Federal (CF) no seu artigo 206 e no artigo 208. Por um lado, na questão da gratuidade do ensino, por outro, porque o acesso não se dá pela capacidade intelectual de quem está fazendo o curso, mas pela capacidade financeira de pagar cursos, que têm um preço elevadíssimo.

Então, torna-se extremamente importante discutir o que as fundações estão fazendo, tanto pelo que elas estão captando de recursos, pela forma privada como isso vem sendo feito, como pelo desvio de função que elas acabam acarretando à universidade. Elas se utilizam de instalações e do prestígio da universidade, do nome, da sigla. É comum hoje você tratar o símbolo da USP como logomarca, o que seria um absurdo há alguns anos.

Do nosso ponto de vista, é fundamental que se faça essa discussão, principalmente porque, como falei no início, temos uma iniciativa do MEC e do Ministério da Ciência e Tecnologia, que vai regulamentar todo o funcionamento do que seria essa face privada da universidade, que vai disputar recursos no mercado, como se fosse uma empresa qualquer, mas com o diferencial das isenções de tributos e com liberação de licitação, a que os organismos públicos estão geralmente obrigados.

Na verdade, se olharmos a fundo, têm ocorrido fins lucrativos e

apropriação de recursos nas fundações, e não necessariamente o trabalho tem fins acadêmicos. Não há problema nenhum em a universidade buscar arrecadar recursos, inclusive no setor privado, mas é fundamental que mesmo esses recursos tenham uma finalidade acadêmica e não desvirtuem o trabalho da universidade pública. Efetivamente, o que tem acontecido é a cobrança de cursos, que fere a Constituição, e a busca de projetos que simplesmente têm por finalidade a captação de recursos, sem função acadêmica nenhuma no seio da universidade.

Por estes motivos, organizamos esse Seminário Jurídico e trouxemos aqui dois docentes de universidades públicas que trabalham na área jurídica em faculdades de direito, dois procuradores da República, um promotor de justiça, um advogado que já trabalhou defendendo as fundações, a associação de fundações e a procuradoria aqui da USP, que também vai participar do debate ao longo da jornada de hoje, além de um representante do setor jurídico do Andes-Sindicato Nacional.

Percebemos que governos sucessivos têm-se desobrigado do financiamento da universidade e apontado para essa captação privada de recursos que, na verdade, desvirtua o trabalho da universidade, como uma solução para sua manutenção. No nosso entender, isso compromete o funcionamento e as funções pelas quais nós esperamos que a universidade trabalhe, que são o ensino, a pesquisa e a extensão de qualidade, que podem proporcionar o desenvolvimento soberano e auto-sustentado do nosso país.

Exposições

• Maria Sylvania Zanella di Pietro

“O ensino público e as fundações de apoio”

Eu agradeço o convite para participar dessa discussão, embora já tenha dito e proclamado que não gosto mais de falar desse assunto, porque já falei demais e já levei algumas pauladas por falar a respeito disso. Entretanto, acredito que eu tenha sido, talvez, uma das primeiras pessoas a se insurgir contra as fundações, porque trabalhei aqui como chefe da Consultoria Jurídica (CJ) da USP, alguns anos atrás, durante o período em que foi reitor o professor Lobo.

Quero fazer uma colocação sobre como vejo as fundações no universo jurídico, ou seja, sobre qual seria a natureza jurídica das fundações de apoio. Na realidade, a gente fala em fundações de apoio porque elas estão dentro da USP com esse nome, mas existem, em outras universidades, talvez mesmo dentro da USP, entidades que não possuem a natureza de fundação, aparecendo às vezes como institutos, centros de estudo ou com outros nomes, mas que têm essas mesmas características e funcionam de modo idêntico às fundações.

Podemos dizer que existem três tipos de fundações. Aquelas que são instituídas pelo poder público, que a Constituição chama de fundações públicas, que fazem parte da administração pública indireta e que, portanto, estão sujeitas a todas as normas da administração pública, como concurso, licitação, regras sobre contabilidade pública, controle pela administração direta e controle pelo Tribunal de Contas (TC). Como exemplos de fundações públicas eu citaria, aqui em São Paulo, a Fapesp, que, embora ainda haja uma discussão, já foi definida no âmbito da faculdade como fundação pública; e também a Fundação Padre Anchieta. Embora tenha personalidade de direito privado, ela entra como uma fundação instituída pelo poder público e, portanto, faz parte da administração pública.

No extremo oposto, temos aquelas fundações que são instituídas por particular, que são instituições privadas que obedecem inteiramente às normas do Código Civil e que são fiscalizadas pelo Ministério Público (MP). O Tribunal de Contas não tem nada a ver com essas fundações porque elas são fundações privadas. Citaria, como exemplo, a Fundação Getúlio Vargas e a Fundação Carlos Chagas.

No meio termo, eu incluiria as chamadas fundações de apoio. Eu me permitiria até enquadrá-las como entidades que compõem o terceiro setor, porque

elas apresentam todas as características das entidades do terceiro setor. Eu incluo no terceiro setor as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips) — as chamadas organizações sociais, e as entidades filantrópicas. Essas entidades são declaradas de utilidade pública e têm as características que eu vou apontar agora, características que as fundações também têm.

Elas são entidades privadas, no sentido de que são instituídas por particulares e por recursos também particulares e desempenham serviços sociais não exclusivos do Estado. Em regra geral, elas atuam, especialmente, nas áreas da saúde e da educação. Por que eu digo serviços sociais não exclusivos do Estado? Alguns chamam de serviços públicos não exclusivos do Estado, porque a Constituição prevê a saúde e a educação como serviços públicos, ou seja, atividades que constituem dever do Estado, mas, paralelamente, a Constituição diz que a saúde e a educação são abertas à iniciativa privada.

Então, quando uma entidade privada presta saúde ou educação, ela não está prestando serviço público, ainda que ela seja fiscalizada pelo poder público e, às vezes, dependa de autorização. Mas essa fiscalização, essa regulamentação, não é delegação de uma atividade pública. As entidades exercem essa atividade dentro da liberdade de iniciativa. Por isso, elas estão sujeitas à fiscalização do poder público, com base no poder de polícia do Estado, mas não se trata de delegação de atividade pública.

Outra característica: embora elas prestem atividade privada, é uma atividade de interesse público, um serviço ao público, elas prestam atividade de saúde e educação voltadas para o público. Justamente por isso, o Estado regulamenta e fiscaliza. Elas atuam paralelamente ao Estado, às vezes em colaboração com o Estado. Por isso, alguns as chamam de entidades paraestatais: elas não integram o Estado, mas elas atuam ao lado do Estado na medida em que prestam atividade de interesse público.

Normalmente, estas entidades recebem algum tipo de ajuda, de incentivo, por parte do Estado, se não, elas não se enquadrariam no terceiro setor. Ou elas recebem ajuda financeira, ou elas usam bens públicos, ou se utilizam de servidores públicos na prestação de serviços públicos, ou outros tipos de incentivos previstos em lei ou em normas regulamentais. Elas têm um vínculo com a administração pública normalmente estabelecido, aqui no âmbito da universidade, através de convênio. Mas existem outras entidades que podem celebrar contratos de gestão ou termos de parceria, que se enquadrariam como quase uma modalidade de convênio, em que existem a mútua colaboração e o interesse, e os objetivos a que as entidades visam são comuns.

É exatamente por causa desse vínculo das entidades com os órgãos públicos que elas acabam ficando sujeitas parcialmente a algumas normas de direito público. Por isso, digo que elas ficam no terceiro setor. Estão a meio caminho entre o público e o privado — que é exatamente o que caracteriza as entidades do terceiro setor.

Embora elas tenham interesse em dizer que são entidades privadas, na realidade, elas não escapam a algumas normas de direito público. Existe uma frase que diz que tudo aquilo que a administração pública toca vira um pouco direito público, em comparação àquela frase sobre o rei Midas: “tudo o que o rei Midas toca vira ouro”. Não há possibilidade de alguém ter algum tipo de vínculo com a administração pública e escapar inteiramente das normas de direito público. Isto é absolutamente inviável, a não ser que seja de uma forma ilícita. Então, o seu regime é de direito privado, no sentido de que elas podem celebrar contratos com terceiros sem fazer licitação, podem contratar pessoal sem concurso público, não têm que obedecer a normas de contabilidade pública, mas, parcialmente, elas têm que obedecer às normas da universidade, sejam postas por resoluções, sejam estabelecidas no próprio convênio.

Eu resumiria as características dessas fundações da seguinte forma: elas não são instituídas por iniciativa do poder público, mas por servidores públicos ou docentes de determinada entidade; elas são instituídas com recursos privados. Se houver participação da USP ou de recursos públicos no ato de instituição da fundação, ela vai ser considerada uma entidade da administração indireta. Toda fundação, toda entidade que tenha participação de um órgão público, integra a administração indireta e, para ser criada, depende de lei. Vocês vejam que o artigo 27, inciso 20, da CF, diz o seguinte: “depende de autorização legislativa em cada caso a criação de subsidiárias nas entidades mencionadas no inciso superior”, que são autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Então, se houver participação da USP na criação de uma dessas entidades, ela só vai poder ser criada por lei e vai fazer parte da administração indireta.

Enquanto a entidade pública presta serviço público, a fundação de apoio presta atividade privada de interesse público, ou o chamado serviço público não exclusivo do Estado. Sendo a atividade prestada em caráter privado, ela não fica sujeita, em regra, ao regime jurídico da administração pública, quer dizer, os seus contratos são de direito privado, celebrados sem licitação, e os seus empregados são celetistas, contratados sem concurso público. Para atuar como entidades de apoio, paralelas à administra-

ção pública, elas dependem obrigatoriamente de um vínculo jurídico com a universidade, sob pena de a sua atuação ser considerada ilegal. Elas estão sujeitas ao controle pelo TC, porque se utilizam do patrimônio público, e estão sujeitas ao controle pela USP, na medida em que têm um convênio com a USP, e a universidade tem que fiscalizar para verificar se os termos do convênio estão sendo obedecidos.

Como vocês sabem, no âmbito federal, as fundações de apoio estão disciplinadas pela lei 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que veio estabelecer normas sobre a relação entre as fundações de apoio e as universidades. E isso aconteceu exatamente porque o Tribunal de Contas da União (TCU) considerou ilegal a situação dessas fundações, chamou-as de “caixa 2” e, daí, veio a estabelecer algumas exigências que até hoje estão em vigor, justamente para disciplinar o funcionamento dessas entidades.

Estabeleceram, por exemplo, exigências de controle, de prévio credenciamento junto ao Ministério da Educação e ao Ministério da Ciência e Tecnologia, de licitação em algumas hipóteses, de prestação de contas, além de requisitos para a utilização, pela fundação, de servidores públicos e de bens públicos, sendo que essa utilização tem que ser remunerada.

Um aspecto que me parece importante realçar é que a simples existência da fundação de apoio não pode ser considerada ilegal. Qualquer particular pode instituir uma fundação de direito privado, obedecendo às normas do Código Civil, sujeitando o estatuto à aprovação do Ministério Público, e a universidade não pode interferir em nada. Agora, o que pode ser ilegal e contrário mesmo ao interesse público é a forma como elas, muitas vezes, funcionam.

Vou mencionar algumas situações que eu considero ilegais. Por exemplo, quando as fundações se utilizam livremente do patrimônio público e de servidores públicos, confundindo-se os locais de trabalho, a sede, o horário de trabalho. Algumas fundações a gente não consegue localizar em que sala da USP estão instaladas. Os servidores e os docentes prestam serviços para a fundação no mesmo horário em que estariam prestando serviços para a universidade. Então há uma confusão de sede, de horário de trabalho e esses

“Temos entidades privadas auferindo lucro às custas do patrimônio público. É muito mais a universidade apoiando essas fundações do que as fundações apoiando a universidade”

servidores acabam recebendo duplamente: recebem da universidade e recebem da fundação. Isso é uma situação irregular.

Outra situação irregular ocorre quando a fundação assume a gestão de recursos públicos. Não acho que a universidade possa delegar a uma entidade privada a gestão de recursos públicos, a não ser que haja um convênio para desenvolvimento de um determinado projeto, de um determinado estudo e que, a partir disso, o convênio vá disciplinar como é que esses recursos vão ser geridos. Outra situação que eu considero absolutamente irregular é a fundação prestar serviços privados cobrando e utilizando a sigla USP. Os meus colegas do MP podem talvez dizer se isso caracteriza algum crime. Improbidade administrativa, com certeza, caracteriza.

Também considero ilegal o ente atuar como intermediário na contratação de pessoal para a USP. A fundação é livre para contratar quem ela quiser, mas eu sei que, em algumas universidades federais, a fundação contrata um professor que vai dar aula na universidade. Ou ele vai dar aula sem o concurso público ou porque já foi aposentado e não pode voltar porque já passou dos 70 anos. Não sei se na USP isso acontece, mas a fundação acaba servindo como intermediária para a contratação de pessoal que trabalha dentro da universidade. São funcionários fantasmas, na minha maneira de ver, porque eles não têm vínculo jurídico com a universidade, são funcionários de fato e não de direito.

Alguns requisitos me parecem essenciais para garantir a legalidade e a moralidade da atuação dessas fundações de apoio junto à universidade. Primeiro, que a sua atuação fique condicionada à celebração de um convênio com a universidade, observados os critérios e as exigências contidas nas normas regimentais da USP — aprovação pelos órgãos colegiados, como se exige para qualquer outro convênio.

Segundo, que o uso do espaço público, do patrimônio da USP, se faça mediante consentimento expresso da universidade. Se uma fundação tem sede dentro da universidade, tem que haver um ato expresso de consentimento que ou pode constar do próprio convênio ou de algum outro ato separado e tem que ser devidamente justificado para demonstrar que esse uso é compatível, é conciliável com as finalidades da universidade. O uso de bem público por particular é sempre possível. É muito comum vermos, no Diário Oficial, decretos do governador permitindo o uso ou fazendo concessão de uso de bens públicos para particulares. Mas isso tem que ser oficializado. Dentro da universidade mesmo nós temos postos bancários, por exemplo, funcionando. Mas tem que haver uma autorização expressa e eu entendo, embora a remuneração não seja obrigatória, como as fundações

proclamam que dão apoio à USP e que captam recursos para a universidade, que é de toda conveniência que esse uso seja remunerado.

Também quando há a utilização de recursos, de equipamentos públicos pelas fundações de apoio, eu acho obrigatório o recolhimento de taxa, prevista em resolução, para remunerar a USP pelos prejuízos decorrentes do uso de água, de energia elétrica, de telefone, sob pena de dano aos cofres públicos. Elas estão captando recursos usando patrimônio público, portanto, têm que recompor o patrimônio da universidade. Isso é uma coisa de que a USP não pode abrir mão, sob pena até de enriquecimento sem causa da entidade. Qualquer pessoa que preste uma atividade privada numa situação em que ela só tem os lucros, enquanto as despesas correm por conta da universidade pública, qualquer pessoa consegue bons resultados. Se eu vou instalar um curso, mas a USP vai pagar todas as despesas, eu só vou ter os benefícios e vou, com toda certeza, conseguir ótimos resultados e uma grande eficiência!

Outro requisito é que os servidores públicos, inclusive docentes, que atuem junto às fundações de apoio o façam fora do seu horário normal de trabalho e obedecendo ao regime de trabalho docente. A menos que a atividade esteja vinculada a algum projeto ou estudo da própria universidade, isso é indispensável. Também não pode haver coincidência entre os dirigentes dos órgãos de administração da USP e os dirigentes da entidade, porque aí há uma colidência de interesses. Já vi um convênio firmado de um lado pelo diretor da faculdade e, de outro, pelos dirigentes da fundação, e um dos dirigentes era o próprio diretor da faculdade. Ele assina dos dois lados. Isto, além de ilegal, fere princípios elementares de moralidade administrativa. São interesses conflitantes, colidentes.

É necessário também que haja transparência, seja com relação aos vínculos com a universidade, seja com relação aos projetos desenvolvidos em conjunto — é perfeitamente possível o convênio para desenvolver projetos, mas eles têm que ser divulgados —, seja com relação aos recursos arrecadados. Porque, se a entidade está arrecadando recursos, ministrando cursos dentro da universidade, se ela tem que repassar uma parte, tem que haver publicidade da arrecadação desses recursos.

Um dos argumentos que se utiliza freqüentemente para defender a eficiência das fundações é o que diz respeito à sua capacidade de carrear recursos para a universidade, adquirir bens, complementar salário etc. Isto até pode ter uma parcela de verdade, mas tudo isso tem que ser formalizado, tem que ser contabilizado. Não adianta a fundação dizer que ela compra computador para a universidade, que ela reforma, que ela faz isso e aquilo, se isso não for devidamente contabilizado.

Quem me garante que amanhã a fundação não saia da universidade e leve tudo aquilo que ela colocou lá? Isso tem que ser formalizado através de um termo em que fique constando que aquilo hoje passou a ser do patrimônio da universidade. Se não houver realmente uma captação de recursos para a universidade, eu diria — acho que na realidade é o que acontece — que é muito mais a universidade apoiando essas fundações do que as fundações apoiando a universidade.

Foi dito pelo presidente da mesa o que representa a arrecadação dessas fundações para a universidade: quase nada. Agora, vamos pensar a situação oposta, que amanhã a USP rompa todos esses convênios com todas essas fundações, tire de dentro da universidade, proíba a realização de qualquer atividade dentro da universidade. Quantas delas vão ter condições de sobreviver? Elas dependem inteiramente desse vínculo com a USP. Algumas talvez tenham ganhado tanto que já tenham condições de sobreviver sozinhas. Mas acredito que a grande maioria não tem.

Outro dado fundamental é que a USP e os hospitais públicos prestam serviços gratuitos considerados essenciais e, por isso mesmo, assumidos pelo Estado. Por este motivo, a prestação de atividade privada dentro de entidades de natureza pública só pode ter caráter subsidiário, acessório, sem causar qualquer prejuízo para o serviço público.

Quando sou atendida no Hospital das Clínicas — e isso já aconteceu duas vezes — eu, como professora da USP, atendida com o emprego de equipamentos do Hospital das Clínicas, me sinto como cidadã lesada nos meus direitos, porque alguém, que não é a USP, está auferindo recursos pela prestação de atividade privada, utilizando-se do espaço público, do patrimônio público, de profissional público. Porque o docente, o médico e os equipamentos são da universidade, e é um hospital público. Por que eu tenho que pagar? Não há dúvida de que está havendo a privatização de espaço público e de atividade pública. Por isso, é importante a definição e a delimitação do âmbito de atuação das fundações de apoio, sob pena de correr-se o risco de a atividade privada acabar virando a regra dentro da universidade, e o ensino público, a saúde pública, acabarem virando a exceção.

Temos entidades privadas auferindo lucro às custas do patrimônio público. Não estou preconizando o fim das fundações, nem o fim das relações com a fundação. O que estou defendendo é uma disciplina adequada para que elas possam agir licitamente, sem causar dano ao patrimônio público, sem experimentarem um enriquecimento ilícito às custas do patrimônio público.

• **Marcos Augusto Maliska**

“Limites e possibilidades da participação privada na educação pública superior segundo a Constituição brasileira”

Gostaria de agradecer o convite para estar aqui, participando desse seminário. Minha fala é pautada pela minha experiência como procurador da Universidade Federal do Paraná (UFPR), onde enfrento diariamente as questões que dizem respeito à fundação de apoio. Também a minha dissertação de mestrado, defendida na UFPR, tratou da questão do direito à educação na Constituição Federal (CF). Então, eu vou procurar fazer uma análise do regime jurídico constitucional do ensino.

Inicialmente, podemos dizer de um regime jurídico constitucional do ensino, no qual existem princípios gerais, tanto do ensino público quanto do ensino privado. Começaremos pelo princípio de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, que é um princípio importante, central na nossa discussão aqui. Ele tem implicações consideráveis, mais especialmente no ensino público, mas também no ensino privado, na questão do acesso ao ensino privado.

Imaginemos uma escola privada católica. Ela não pode impedir que um judeu se matricule, por exemplo. Um aluno adventista não pode ser obrigado a assistir à aula na sexta à noite e no sábado. Isso é uma questão de tratamento com base no princípio de igualdade também, de permanência na escola, pois o aluno tem direito ao abono de faltas. Isso está na CF. Outro princípio é o chamado princípio de liberdade para aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte, a cultura e o saber e, junto com isso, o princípio do pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas. Isso implica em afirmar que, mesmo no ensino privado, existem normas de ordem pública que vigoram, ou seja, se nós temos uma escola de determinada condição religiosa, ela não pode, por exemplo, obrigar os alunos a assistirem a aulas de ensino religioso. Se nós falamos que o pluralismo é o fundamento da sociedade brasileira e imaginamos que a escola não seja plural, estamos começando muito mal.

A valorização dos profissionais do ensino é outro princípio comum tanto a ensino privado como público. Depois, o princípio da garantia do padrão de qualidade, que, no ensino privado não há dúvida, pois há uma relação de consumo ao pagamento de mensalidade, mas, no ensino público, este direito também pode ser exigido, através do princípio da gestão democrática, que é um princípio específico do ensino público.

No tocante ao ensino privado, a CF faz referência ao cumprimento de normas gerais de educação nacional, à autorização e à avaliação de qualidade pelo poder público e ao autofinanciamento, que é central para a compreensão do ensino privado. O artigo 208 da CF trata do dever do Estado para com a educação. Em que consiste esse dever? Inicialmente, o dever de educação infantil, que compreende creche, pré-escola, alunos de zero a seis anos. E por que existe essa necessidade? Porque a mulher foi para o mercado de trabalho. Surgiu a necessidade, surgiu o direito. Num segundo momento, nós temos a chamada educação especial, que é atendimento especializado aos portadores de alguma deficiência. Este é um outro dever do Estado para com a educação.

Temos também o chamado ensino fundamental obrigatório. O acesso a esse ensino é direito público subjetivo. Isso significa que, se você tem a matrícula negada numa escola, por exemplo, você pode impetrar um mandado de segurança e, provavelmente, você vai conseguir uma liminar e vai ter garantido o seu ingresso. O não oferecimento do ensino ou o seu oferecimento irregular implica a responsabilidade da autoridade competente. Qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação ou o Ministério Público tem legitimidade para promover ação judicial questionando isso. A ação judicial é gratuita, ou seja, a autoridade pública é responsável pela oferta regular do ensino fundamental obrigatório.

Depois, nós temos o ensino médio. A CF diz que o ensino médio tenderá à universalidade, ou seja, ele não é universal. A LDB chega a dizer inclusive que ele vai ser universal e gratuito, inclusive obrigatório. O ex-ministro Cristovam Buarque estava inclusive com essa proposta, de tornar o ensino médio obrigatório, porque hoje não é. Mas a CF, a LDB especialmente, fala que ele tenderá a ser. Então, a obrigação com o ensino médio é de buscar a sua universalidade, portanto, é uma norma-programa do Estado.

Depois, temos a gestão democrática, que Norberto Bobbio chama de democracia social. Para ele, a grande questão de democracia moderna não é a mudança da democracia indireta para a democracia direta, mas a transformação da democracia política numa democracia social. Ou seja, a sociedade civil deve ter uma efetiva participação e responsabilidade na gestão dos interesses da comunidade. Portanto, a gestão do ensino público tem de ter a participação dos pais, a participação dos alunos, de toda a comunidade envolvida com a escola. Esse é então um princípio do ensino público e é assim que nós temos o controle da sua qualidade.

Um outro princípio, e esse me parece de suma importância, ao lado da

questão de igualdade de acesso e permanência e ao lado do princípio da gratuidade do ensino nos estabelecimentos oficiais, diz respeito a isso que o professor inicialmente já fez referência, que é o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

O que a CF quis dizer com isso? O ingresso no ensino superior e na pós-graduação deve ser segundo a capacidade intelectual de cada um, e aí colocamos uma questão: no momento em que é colocado o critério econômico como critério de acesso ao ensino superior, não estamos nós defronte um risco muito grande, de escolher os melhores que vão guiar o país através da condição econômica? Será que os melhores estão efetivamente entre aqueles que podem pagar?

Sob este raciocínio, a preocupação do Estado com o ensino superior tem a ver também com sua preocupação em formar seus líderes. E será que, efetivamente, os melhores estão entre aqueles que podem pagar? Essa é a grande questão que, muitas vezes, o pagamento de mensalidades para o acesso ao ensino superior não leva em consideração.

O artigo 206 da CF fala que o ensino será ministrado com base no princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimento oficial. Ou seja, no Brasil, não temos o que a Constituição portuguesa tem, que é a chamada progressividade da gratuidade. No Brasil — até José Fontes da Silva, que é professor aqui na USP, diz que isso é uma tradição no ensino brasileiro — existe a gratuidade nos três níveis, e essa gratuidade não é progressiva, ou seja, não leva em consideração a capacidade econômica do aluno em pagar ou não pagar a mensalidade. Termos a gratuidade nos três níveis significa dizer que todo investimento público em estabelecimento público de ensino implica na gratuidade da sua oferta.

O ensino fundamental é universal e obrigatório. E por que é obrigatório? Porque é um interesse da comunidade que as pessoas sejam educadas. Então, a educação, no ensino fundamental, não é apenas um direito individual, mas possui aquilo que, na teoria dos direitos fundamentais, nós chamamos de dimensão objetiva do direito. Ou seja, há um interesse coletivo na educação, por isso é obrigatória. Tendo em vista esta perspectiva, o MP pode, por exemplo, fiscalizar a participação dos alunos na escola e zelar junto à família, junto ao poder público, para que fiscalize efetivamente se as crianças estão indo para a escola.

O ensino médio vai tender à universalidade, tendo em vista uma progressiva universalidade; o ensino superior é gratuito e o acesso a ele se dá segundo capacidade intelectual. Portanto, no momento em que a pessoa

conseguiu ingresso na universidade pública, porque participou de processos seletivos, desde que definidos na legislação universitária, na legislação federal ou estadual, ela tem direito de acesso ao ensino e, nesse sentido também, acesso ao ensino gratuito.

A gratuidade compreende o não pagamento de mensalidade, mas, também, as condições para exercício desse direito. Portanto, tendo em vista a cláusula do princípio da vedação do retrocesso social, nós podemos entender que a alimentação a custos módicos e a residência universitária passam também a ser compreendidos dentro do conceito de gratuidade, no sentido de dar todas as condições para que o aluno realmente consiga estudar. Esta é uma compreensão no sentido mais amplo do que seria o ensino gratuito.

Com relação às fundações de apoio, inicialmente, eu diria que são relevantes para as universidades e que temos de discutir a questão de como elas devem atuar. Não discutir se elas devem ou não devem existir. No meu ponto de vista, elas são importantes. Na Procuradoria, já tive oportunidade de analisar vários processos de convênios com as fundações nos quais, efetivamente, as fundações contribuem muito para as universidades. Então, temos que trabalhar nessa perspectiva e não no sentido de extinguir a fundação porque não funciona.

No mundo em que estamos vivendo, em que as mudanças são muito rápidas, a fundação dá uma flexibilidade para a universidade que traz pontos positivos. Então, a discussão tem que ser pautada sob esse ponto de vista também. Nós temos que trabalhar a fundação, primeiro, na questão dos limites dessa fundação e no sentido dos princípios que regem a educação pública. A partir daí, podemos trabalhar o que as fundações podem e o que não podem fazer. No caso das instituições federais, temos a lei 8.958/94, a que a professora Sylvia já fez referência, que regulamenta as fundações. No início, ela fala em “apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão”, em desenvolvimento institucional, no caso.

Diversas questões precisam ser debatidas. Por exemplo, contratação de funcionário para hospital universitário. Isso é uma coisa que o TCU já freou. Não é possível, não está havendo mais contratação, mas houve muita contratação através de fundação. O Hospital Universitário em Curitiba, por exemplo, tem uma participação considerável de funcionários contratados pela fundação. Mas isso acontece também em razão de uma omissão do governo federal, no sentido de não abrir concurso. Os hospitais precisavam de contratação de funcionários e médicos e essa contratação se deu através da fundação. Então, parece que o governo federal acenou com uma solução, no

sentido de abrir concurso, substituindo todos os funcionários da fundação por funcionários concursados. E não há mais contratação pela fundação.

Outra questão que o TCU fiscaliza com rigor é a questão de a fundação assumir função típica da universidade, ou seja, a atividade que está disciplinada como atividade regimental de algum órgão da universidade sendo realizada pela fundação de apoio. Isso o Tribunal não admite e fiscaliza com rigor.

Eu também gostaria de falar a respeito dos chamados convênios. A universidade faz convênio com a fundação para a oferta de cursos, em geral cursos de especialização, em que os alunos pagam mensalidade. Essa me parece ser a grande questão da universidade, pois viola os princípios constitucionais do ensino. E qual é o fundamento dessa ação? O fundamento é o chamado apoio a projetos de ensino, como diz a lei 8.958, “dar apoio a projeto de ensino”. Com base nisso se fazem os convênios e isto é uma espécie de absurdo, pois a nossa gratuidade nem possui a progressividade, que já citamos, que existe na Constituição portuguesa. Este é o primeiro princípio que o pagamento da mensalidade viola.

O segundo ponto é que a participação na universidade efetivamente se dá pela credibilidade dela. Os alunos procuram a universidade pública porque é muito melhor receber um certificado da UFPR, da USP etc., do que de uma universidade privada que surgiu há dois, três anos, desconhecida. Outro ponto em que não há dúvida é de que esses cursos pagos violam a CF nos artigos 206, inciso 4, que trata da gratuidade, e 208, inciso 5, que trata do acesso ao ensino superior segundo a capacidade intelectual individual.

O último ponto é que, infelizmente, o critério financeiro passa a ser um critério de acesso ao ensino superior, o que a CF não previu. A Constituição diz que o acesso ao ensino superior é segundo a capacidade intelectual individual, não segundo a capacidade econômica. Se quem pode pagar entra e quem não pode pagar não entra, nesse ponto há uma inconstitucionalidade.

Quem defende a cobrança diz o seguinte: existe uma diferença entre ensino de pós-graduação *lato sensu* e ensino de pós-graduação *stricto sensu*. Este seria o mestrado e o doutorado e aquele seria a especialização e o aperfeiçoa-

“Esses cursos pagos violam a CF nos artigos 206, inciso 4, que trata da gratuidade, e 208, inciso 5, que trata do acesso ao ensino superior segundo a capacidade intelectual individual”

mento, basicamente. Esse argumento não é sustentável, porque a LDB não faz essa diferença. O artigo 44 da LDB, ao tratar do ensino da pós-graduação, faz referência apenas ao ensino 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 inscrições em si”. Portanto, são espécies do mesmo gênero, ou seja, essa distinção *lato* e *stricto sensu* é uma construção doutrinária.

Talvez até exista uma tradição em termos de discussão aceita na educação, porque a especialização fornece certificado, o mestrado e doutorado fornecem diploma, um é grau acadêmico e o outro não. Mas a legislação jurídica que trata de educação não fez essa distinção. Então, me parece equivocada a sustentação dessa distinção como critério para cobrança dos cursos de especialização.

Há também um argumento não jurídico, mas de ordem econômica, pois a Capes não financia o curso de especialização. A Capes e os órgãos de fomento financiam o mestrado e o doutorado, mas não a especialização. Portanto, o governo federal não se obriga porque não criou um programa de financiamento. Mas não que a legislação que trata dessa questão, em especial a LDB, que é a legislação geral sobre isso, não imponha que o poder público passe então a financiar.

Imaginemos, por exemplo, a hipótese de um convênio entre a universidade, a fundação e uma empresa privada. É possível a fundação captar o recurso da instituição privada para ofertar o curso? Em tese, sim. No momento em que a igualdade de acesso esteja garantida, ou seja, o curso é aberto a todos, não há problema algum. Há possibilidade de a fundação captar recurso para a manutenção do curso que não compreenda o recurso público diretamente, ou seja, que a fundação busque esse recurso nas empresas, ou seja, na sociedade civil. No entanto, nós devemos, nesses casos, observar a garantia de acesso.

O que acontece num curso à distância, por exemplo? Muitas vezes, um município no interior contrata a universidade para dar um curso à distância para capacitar professores. Aí é pior ainda, porque é graduação, não é nem pós-graduação. Aí o ensino é, em tese, gratuito, porque o poder público municipal banca o curso. Mas o acesso não é universal, porque restringe o acesso aos professores do município. Então, é violado o princípio de igualdade de acesso ao ensino superior.

Existem várias ações judiciais sobre o tema. Tenho notícia de uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, no Estado de

Pernambuco, contra a Universidade Federal (UFPE), contra a fundação de apoio da UFPE e contra a União. Na decisão liminar, o juiz acabou não inviabilizando os cursos, em respeito aos alunos matriculados, que estavam na expectativa de receber o certificado. Mas houve uma restrição considerável da atuação da universidade e da fundação.

Uma segunda ação foi um mandado de segurança impetrado pelos alunos de um curso de especialização de Goiás. O Tribunal disse o seguinte, que “prevê a CF no artigo 206 a gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais, não discriminando níveis. Assim, é indevida a cobrança de mensalidades por universidade pública, mesmo em cursos de pós-graduação”. Nesse caso, os alunos tiveram garantida a gratuidade, não houve pagamento de mensalidades por eles.

Uma terceira ação foi proposta tendo em vista a cobrança de mensalidade em curso de mestrado profissionalizante. Disse o Tribunal Regional da 2ª Região: “A regra é o ensino gratuito nas instituições de ensino oficial, regra esta que vale para o ensino fundamental, médio e superior. O mestrado profissionalizante, ao que tudo indica, encontra-se no âmbito do ensino superior. Afinal, se a lei não excepcionou, não deve o intérprete fazê-lo. É de se concluir que a portaria 80 da Capes, ao estabelecer a vocação para o autofinanciamento dos mestrados profissionalizantes, não autorizou que os mesmos sejam financiados pelos alunos através do pagamento de contraprestações. Por outro lado, a cobrança de mensalidades inviabiliza o amplo acesso de alunos menos favorecidos aos cursos, o que não se harmoniza com a regra de gratuidade inerente às instituições de ensino”.

Portanto, nós podemos dizer que a jurisprudência sempre tendeu para a gratuidade, mesmo da matrícula, pois seria até razoável imaginar que todo aluno da USP pagasse uns 150 reais de matrícula anual, por exemplo. Isso, no caso da UFPR, ajudaria, pelo menos, a colocar papel nos banheiros, ou resolveria alguns problemas graves que a universidade tem de custeio. Todavia, tendo em vista que não existe lei que regulamente isso, e toda taxa precisa de lei que a regulamente, os tribunais inviabilizam até mesmo essa cobrança de matrícula anual.

Um outro ponto que diz respeito à questão dos cursos pagos é o pagamento de professor. Eles recebem o pagamento como bolsa, ou seja, dão o curso e recebem bolsa. Nessa bolsa, para a prestação de serviço, não incide contribuição previdenciária e não incide Imposto de Renda. O INSS foi fazer uma auditoria, e disse: “O que vocês fazem é tudo, menos bolsa. Isso aí é serviço assalariado, isso se expressa em serviço. Isso é salário, e

salário implica dedução de Previdência e IR”. O que aconteceu então? As fundações estão sendo multadas pelo INSS, e a conta é grande, porque não houve pagamento, nos últimos cinco anos, de nada acerca de contribuição previdenciária e IR.

O que nós, da UFPR, estamos fazendo? Existe um parecer do Conselho Nacional de Educação que autorizou a cobrança dos cursos. Esse parecer foi ratificado pelo Ministro da Educação e publicado no Diário Oficial. Significa que ele tem efeito vinculante com a esfera administrativa do poder executivo federal. Portanto, nós, da universidade, não discutimos mais a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, porque estamos vinculados a esse parecer.

Então, pelo princípio da unidade da jurisdição, quem diz a última palavra é o Supremo Tribunal Federal (STF), e eu espero que essa questão chegue até ele, porque quem tem que dizer se é possível cobrar mensalidade em ensino na universidade pública é o STF. Ele tem que assumir a sua responsabilidade de dizer “é constitucional” ou “é inconstitucional” ou “é inconstitucional em tais e tais casos”. Ele tem que regulamentar isso. A rigor, nós teríamos que fazer a nossa corte constitucional funcionar efetivamente.

Enquanto isso não vem, nós, na esfera administrativa federal, estamos subordinados a esse decreto, que autorizou a cobrança. Que é que nós fizemos na UFPR? Tendo em vista isso, e recentemente houve a aprovação de uma nova resolução sobre os cursos, nós agora fiscalizamos com rigor os cursos, com base nessa resolução.

A resolução traz o caráter temporário dos cursos e 10% das vagas são para bolsas integrais. Neste ponto, tenho uma crítica. A resolução regulamentou esses 10% de vagas para servidores e outros alunos, e isso é um resquício do patrimonialismo, que ainda contamina a nossa administração pública. Servidor da universidade não é dono da universidade. Ele não tem direito a um privilégio. O servidor da universidade, o servidor do INSS, o servidor da Prefeitura de São Paulo são os mesmos servidores públicos, todos eles têm direito de entrar e de assistir aula num curso de especialização. A reserva de vagas, no meu ponto de vista, está totalmente equivocada e merece crítica realmente. No entanto, caso os servidores não ocupem essas vagas, os 10% vão para a comunidade em geral. E é importante destacar que essas vagas devem estar junto com a divulgação do curso, em letras garrafais. Deve ser dada a mesma divulgação, no sentido de que o curso é pago, mas existem vagas e, quem não puder pagar, pode se candidatar aos 10% de vagas.

O não cumprimento dessa norma pode implicar inclusive no descredenciamento do curso. Então, esse foi um passo significativo. Outro avanço: agora existe uma limitação de carga horária semanal que os professores podem dar na especialização e uma limitação na remuneração, porque tinha professor que ganhava três, quatro, cinco vezes mais do que ganhava um professor titular lá da UFPR, como professor efetivo.

Há também uma limitação da remuneração dos coordenadores e dos secretários dos cursos e a destinação de parte dos recursos arrecadados para a universidade. Na UFPR são 15%: 8% para o fundo acadêmico, 2% para a universidade, 3% para o setor e 2% para o departamento envolvido.

Essa questão está no âmbito político da universidade. Vocês, aqui na USP, estão procurando regulamentar isso. Às vezes, os membros não têm noção do caráter político do Conselho. Eu sempre digo que o Conselho é uma espécie de Câmara dos Deputados da universidade. Portanto, na universidade, não se faz aquilo que se quer, mas aquilo que se pode.

No meu ponto de vista, quem se fechar na discussão dizendo “não é possível cobrar, temos que acabar”, vai perder a briga. Por quê? Porque não existe clima político atual para um *não* a essas fundações. Existe um apelo do mercado muito grande. Quem é contra é geralmente um professor de filosofia, de letras. Imagine um curso de especialização de filosofia em Kant, a R\$ 350 por mês. Não vai ninguém, não tem mercado para isso.

Quem tem mercado? A economia, a administração, em que há os chamados MBAs, a medicina especializada. A universidade tem um corpo docente qualificadíssimo para prestar esse curso e pronto. E esse pessoal não vai abrir mão disso, porque é uma oportunidade que está aí, e muitos dizem: “será que efetivamente o Estado tem que gastar dinheiro com isso, ofertando esse tipo de curso?”

Pode-se dizer que isso não é prioridade da universidade pública, mas aí vamos entrar numa outra discussão. No meu ponto de vista, quem é contra deve ficar na sua posição, mas, ao mesmo tempo, brigar pela regulamentação. Quanto mais clara a resolução, sem margem para discussão, que limite efetivamente o ganho do professor, limite a questão da carga horária, obrigue o professor a dar aula na graduação efetivamente, então você vai conseguir um avanço provisório, até que o STF assuma a sua responsabilidade e se pronuncie sobre a questão da inconstitucionalidade e o governo federal ponha em prática uma política para o ensino superior.

O governo federal, em geral nas três esferas, omitiu-se, não definiu uma política. Então, a universidade acabou criando esses mecanismos.

Agora, se, efetivamente, o governo tivesse uma política para o ensino superior e injetasse dinheiro na universidade pública, seria possível reverter o quadro. Acredito que só com isso a gente possa barrar as fundações. Num momento em que o governo efetivamente tenha uma política em vista. Sem isso, não há solução.

É necessário: uma porcentagem de vagas para bolsas integrais com ampla divulgação — quanto mais melhor, no mínimo 10%, até 20% de bolsas; limitação da remuneração e da carga horária dos professores; destinação dos recursos arrecadados para a universidade, e isso teria que fazer uma destinação considerável, 15% no mínimo; e ampliar os poderes dos conselhos das universidades.

Às vezes a fundação fica como vilã, mas não é. A fundação é um instrumento usado pelos próprios professores da universidade. E com a omissão de quem? Dos conselhos, que não fiscalizam. Porque as fundações fazem o que fazem porque o Conselho é omissor. O Conselho tem que fiscalizar. Uma resolução clara, que deixe claro o que tem que ser feito, deixe claro o que é que se vai fazer com o dinheiro, com a sobra dos cursos.

Uma regulamentação específica, com regras claras e o Conselho fiscalizando. Se for feito isso, vai ser moralizada e limitada consideravelmente a atuação das fundações. E espero que a USP, na hora de regulamentar isso, leve em consideração essas questões e normatize de forma efetiva para limitar. Fiquei abismado com o valor dos montantes que movimentam as fundações. Quase meio bilhão de reais.

• **Marcelo André de Azevedo**

“Fundações de apoio e moralidade administrativa”

Antes de começar, eu já gosto até de pedir desculpa, porque, depois da Maria Sylvia di Pietro falar, com toda a educação que lhe é peculiar, o professor Maliska, que é do sul, educação também tradicional, aparece um promotor goiano. Já posso advertir que não sou tão equilibrado quanto os dois. Sou mais incisivo nas minhas palavras. Eu não compactuo, não pactuo com imoralidade.

E vejo essas fundações de apoio como aberrações, porque elas não possuem um motivo real. São raras as exceções. Mas, de regra, elas deveriam ser extintas. E parabeno a Adusp, já na época da realização do *Dossiê Fundações*, porque trouxe à tona essa problemática e, inclusive, fundamentou algumas ações judiciais por parte do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual. E acho isso importante para que não haja perda da ideologia do ensino público gratuito e para o fortalecimento das nossas universidades públicas.

Como já dizia Jean Baudrillard, as coisas não se perdem pelo desaparecimento, mas sim por dispersão, dispersão aleatória no estágio fractal dos valores. E a sociedade hoje perde valores, porque a ganância se sobrepõe ao ser. A sociedade hoje vive uma noção deturpada de progresso. “Progresso é quem tem mais”, “progresso é quem pode mais”. Infelizmente, o capital econômico sobrepõe-se ao capital intelectual, ao capital social, ao capital simbólico. Infelizmente.

Inicialmente, vejo a relação das fundações com as universidades públicas como uma metamorfose. Como o ser humano, que sai das trevas, passa por um momento de reflexão e atinge uma plenitude espiritual, a lagarta se transforma em borboleta. E as fundações de apoio, eu vejo, estão criando um processo de regresso, de involução da nossa universidade pública.

A universidade pública é como se fosse uma borboleta. Doente, sim, precisando de recursos, de uma flexibilização maior. Mas o que estamos fazendo? Estamos transformando-a numa lagarta pesada e comilona, que ainda quer comer o dinheiro público, da sociedade, infelizmente. Só que muitos não têm condições, não têm como dar comida a essa lagarta pesada e comilona. Então, nós temos uma metamorfose que busca um regresso, uma involução da conquista do ensino público brasileiro.

Sou contra qualquer tipo de fundação que vise apenas a beneficiar os seus comandantes. Com isso, gera-se o quê? A comercialização do saber. Isso já é discutido há muito tempo, já é denunciado há trinta, quarenta anos. Eu cito

aqui a obra de Harvey, ele ainda citava Habermas: “A produção organizada de conhecimento passou por notável expansão nas últimas décadas, ao mesmo tempo que assumia, cada vez, mais um cunho comercial do saber”.

As fundações de apoio possuem essa tendência de comercializar o nosso saber, como provam as incômodas transições de muitos sistemas universitários que estamos vivendo hoje no Brasil, avançando de guardiões do conhecimento e da sabedoria para produtores subordinados de conhecimento a soldo do capital corporativo.

Outra citação, Lyotard: “O saber é e será produzido para ser vendido. Ele é e será consumido para ser valorizado por uma nova produção, nos dois casos trocados”. Essa obra do Lyotard, se não me falha a memória, data da década de 70, mas já estava falando o que está acontecendo hoje, já estava prevendo essa destruição do nosso ensino público. E essa comercialização do saber deságua onde como consequência? Na ciência pura. Hoje, estamos falando só de ciências aplicadas, voltadas ao mercado. E a ciência pura? E as novas descobertas, o progresso e a ciência? Onde vai parar isso com a comercialização do saber?

O próprio Papa já advertia, na época de uma conferência em Varsóvia: “A fim de que a ciência conserve a sua independência autêntica e os investigadores mantenham a sua liberdade, é necessário dar a prioridade aos valores éticos. Sujeitar qualquer coisa ao lucro significa uma verdadeira perda de liberdade para o cientista, e aqueles que desejam defender a liberdade científica, promovendo uma ciência livre dos valores, abrem caminho para a supremacia dos interesses econômicos”.

Estamos vendo isso acontecer. Vai contra os princípios que até o professor Maliska colocou aqui. Nós temos o ensino público e o ensino privado. O ensino público deve captar recursos onde? Através do orçamento da União, do Estado. É por isso que nós temos que lutar. Agora, podemos abrir modos de flexibilizar essa captação de recursos, de forma viável. Mas não captar o recurso e canalizar nas mãos de poucos professores.

Como o professor Américo falou, o que a fundação de apoio repassa para a faculdade equivale a 1% do seu orçamento. Ou seja, nós vemos essas fundações de apoio se sustentando sob um discurso político e falacioso. O que se vê por trás de tudo é que muitos querem lucrar e estão lucrando. E sob a justificativa de estarem beneficiando o interesse público e ajudando a faculdade a cumprir a sua missão.

Passo agora a algumas questões pontuais, que até já foram faladas. Ressalto que as fundações de apoio estão assumindo, em regra, atividades-

fins da universidade pública. A fundação de apoio, ao dar um curso de mestrado, uma especialização, o que é que ela está fazendo? Atividade-fim da própria faculdade. Nós não podemos aceitar isso. Atividade-fim totalmente delegada. E o pior de tudo, cobrando para isso.

Achei engraçado, ao ler um relatório do Grupo de Trabalho de Fundações, pois se faz a citação de um professor, que eu não quero dizer o nome, que fala que a fundação de apoio ajuda a faculdade a se desincumbir das suas funções. Será que é isso que a gente quer? A gente quer desincumbir a faculdade? Ela visa a isso, desincumbir-se da sua função de ensinar, pesquisar? Realmente, vejo essa nebulosidade um tanto quanto imoral. Motivação dissimulada.

Agora, sobre esse discurso de interação da universidade com a sociedade, captação de recursos, flexibilização, nós temos, por trás de tudo, um interesse quase que exclusivamente ganancioso. É o ter sobre o ser, infelizmente. É uma forma que alguns professores encontraram de aumentar os seus salários. Não adianta tapar o sol com a peneira. Essa é a pura verdade. Essa é a motivação de quase todas as demais fundações, porque se fala “estamos ajudando a universidade a captar recurso”. Mas, quanto? 1%? Será que está fazendo diferença? “Ah, mas o retorno da universidade não é só financeiro, é um retorno acadêmico, uma motivação acadêmica”. Uma motivação acadêmica? Ver professor falar: “É difícil escolher quem vai ganhar 1.600 reais num final de semana”? Pactuar com isso, eu acho imoral.

O professor, às vezes, é contratado por fundação de apoio para lecionar utilizando a marca da USP e ganhando mais que o próprio professor da USP. Vamos aceitar isso? É um absurdo. Então, é uma motivação dissimulada e também um canal efetivo de privatização do ensino público superior e de comercialização do saber. Sou contra esse tipo de fundação.

Com isso, as atividades desempenhadas pelas fundações de apoio propiciam a violação do princípio constitucional da moralidade administrativa, ante a ausência de lealdade, honestidade e boa fé. O princípio da moralidade administrativa é aquele dever que uma administração tem, e também o particular que com ela se relaciona, de honestidade, dignidade, boa fé, em relação a todo serviço prestado. Se não observarmos esses comandos, essas diretrizes, haverá uma violação do princípio da moralidade administrativa, princípio esse que é constitucional.

Já posso até chamar de utopia, mas defendo a extinção dos convênios celebrados entre as universidades públicas e as fundações de apoio, tendo em vista que restou demonstrada a obscuridade e a ausência de motivação

acadêmica dessa relação, salvo, veja bem, em casos excepcionais, e desde que não haja, por exemplo, delegação da atividade-fim e cobrança pelas atividades desempenhadas. Mesmo porque, se não houver isso, eu acredito que elas não vão conseguir se manter.

Cursos pagos: não obstante ser um tema a ser debatido hoje à tarde, já coloco o meu posicionamento. Sou contra. Numa ação que tive oportunidade de ajuizar em Goiás, representando o MP, deixei bem claro: “Na minha visão, está evidenciado que esse tipo de apoio”, ou seja, a cobrança pelos cursos, “não se coaduna com os objetivos da coletividade. Na realidade, as fundações de apoio, ao invés de oferecerem gratuitamente cursos superiores à sociedade, em respeito a preceito constitucional, legal e estatutário, vêm utilizando de subterfúgio, ou seja, convênio com as universidades públicas, como forma de escudo retórico para tentar legitimar a cobrança ilícita de seus cursos”.

Coloquei também: “A nosso ver, a criação desse tipo de fundação de apoio nada mais é que um arremedo de fundação, numa tentativa canhestra de ludibriar a população e malferir o direito constitucional de ensino gratuito nos estabelecimentos oficiais, como se já não bastasse a existência de inúmeras instituições de ensino privadas”. Se é isso o que a comunidade acadêmica da USP deseja, talvez seja isso que terá.

“Uma fundação de apoio não é instituição de ensino superior, não está autorizada a conferir diplomas de mestrado, de doutorado. Que faz então? Apóia-se na universidade e assume sua atividade-fim”

Mas eu sou um crítico e sempre vou lutar por esse ideal de ensino público e gratuito, pela manutenção do nosso ensino e com qualidade. E a legislação é violada em cursos pagos. Viola-se o

artigo 5, da CF, em que é ferido o direito à igualdade material. Fere-se o artigo 37, o princípio da legalidade, o princípio da moralidade e os artigos 206 e 208, como o professor Maliska já referiu. É ferido o artigo 3 da LDB, e, inclusive, é ato imoral. Considero como ato de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito ao auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, em razão de exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividades das entidades mencionadas.

O MP tem que questionar isso, e espero que muita gente perca o cargo em decorrência da pilantragem que vem fazendo. O MP não pode ser omissivo em relação a isso. Espero que tenha algum promotor de Estado que

fale alguma coisa sobre isso no debate, porque acredito que o MP tenha interesse e deva estar representado aqui.

Outra questão é a utilização do nome da universidade, tentativa de legitimar atividade de ensino superior. Ora, uma fundação de apoio não é uma instituição de ensino superior, não está autorizada a certificar, nem a conferir diplomas de mestrado, de doutorado. Que ela faz então? Apóia-se na universidade e assume sua atividade-fim. É uma aberração jurídica criada para beneficiar alguns poucos privilegiados. Estão formando castas dentro do magistério público superior. E utiliza-se a marca da universidade pública para desenvolver essas atividades. Isso viola o princípio da moralidade administrativa. Há um descumprimento do dever de honestidade e lealdade da universidade pública com o cidadão. Porque se está desrespeitando preceitos constitucionais de direitos fundamentais do ser humano.

Por outro lado, também há o descumprimento do dever de lealdade de professores que lecionam em fundações de apoio com a própria universidade pública. Estão colaborando com a ruína do ensino superior público e gratuito. É uma imoralidade quando a faculdade aceita esse tipo de trabalho e quando o professor também se beneficia com essas atividades. É um ato imoral desleal junto à sua instituição de ensino superior. A legislação violada nesses casos é o artigo 37, da Constituição, pois é ferido o princípio da moralidade e, repito também, trata-se de improbidade administrativa. Nestes casos, o MP deve agir rigorosamente.

E quanto à utilização dos bens da universidade? Há um enriquecimento ilícito em grande parte dessas atividades. Onde está a devida contrapartida? Utilizam-se bens públicos para auferir complementos salariais na maior parte das vezes. É certo? Como a professora di Pietro disse, será que alguma atividade dessas não teria sucesso? Que ônus elas têm? Utilizam o nome da USP, toda uma estrutura, instalações, serviços, equipamentos, material de consumo. Onde está a contrapartida para a universidade? Onde está a finalidade acadêmica disto? Por trás disso tudo, está o benefício particular de complementação de renda.

E qual a legislação violada com isso? A lei 8.429, que é a lei de improbidade administrativa. Neste caso, existe ainda dispositivo específico: “utilizar em obra ou serviço particular veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza de propriedade ou disposição das entidades mencionadas no artigo 1º”. Também, inciso 12: “usar em proveito próprio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas”. É ato de improbidade administrativa. Em al-

guns casos, a utilização desses bens sem essa devida contrapartida, o que configura? Crime. Vejamos o artigo 312 do Código Penal: “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio. Reclusão de 2 a 12 anos”. Espero inclusive que haja questionamento judicial sobre isso.

A moralidade deve ser restabelecida! E se vários professores se associam para praticar peculato, então, o que pode estar acontecendo? Quadrilha ou bando. Vejamos o artigo 288: “associar-se em mais de três pessoas em quadrilha ou bando para o fim de cometer crimes. Reclusão de 1 a 3 anos.” Então é atividade ilícita também esse tipo de conduta imoral.

Já foi falado aqui do descumprimento do Regime de Dedicção Integral à Docência e à Pesquisa. Eu estava no GT Fundações, e o professor Benedito Machado assim citou: “apenas o RDIDP em uma universidade permite ao docente se dedicar integralmente às suas atividades acadêmicas, sem pressões ou exigências momentâneas do mercado ou interesses de qualquer natureza, quer sejam empresariais, políticos ou religiosos. Essa autonomia é o que faz da universidade pública um ente completamente diferente das demais organizações sociais públicas ou privadas”. Então, o desvio dessa diretriz pode ser considerado conduta desleal com a universidade pública, principalmente, se motivado pelo dinheiro. Legislação que viola: artigo 37, da CF, e também a lei de improbidade administrativa.

Em relação ao concurso público, as fundações de apoio, como são instituições de personalidade jurídica de direito privado, contratam os seus funcionários independentemente de concurso. Até aí tudo bem. Só que elas pegam esses funcionários e colocam para exercer atividade-fim da faculdade. Atividades que deveriam ser exercidas por titulares de seus respectivos cargos. Então, há uma violação por via indireta da regra constitucional do concurso público. Estão entrando pela porta dos fundos da universidade. É o que ocorre.

Pior que tudo, imaginemos um professor concursado, às vezes ganhando menos que um professor que entrou pela porta dos fundos, e esse professor lecionando através de uma fundação de apoio, utilizando o nome da nossa universidade pública. É aceitável uma coisa dessas? É uma imoralidade muito grande. Sinto aqui o que o TCU já manifestou: “O TCU tem condenado as contratações dessa natureza, por entender que são ilegais, haja visto que as universidades federais se utilizam das fundações de apoio, consideradas entidades com personalidade jurídica de direito privado, para

admitir pessoal destinado ao desempenho de suas funções pertinentes às suas atividades-fins sem concurso público”.

Esta foi uma citação da ação civil pública ajustada pelo Ministério Público Federal em Goiás. E a ação acrescenta: “O concurso público é uma das formas de obter-se a moralidade do serviço público, uma vez que possibilita a igualdade de oportunidade de acesso”. Fere então a moralidade desse tipo de contratação por via oblíqua. Legislação violada: artigo 37, inciso 2, da CF.

O pior de tudo é o atrito que está gerando entre os docentes e as instituições públicas. Por quê? Há uma irresignação dos docentes quanto aos complementos salariais. E não me venha falar que há pessoas que são melhores que as outras. Ninguém é insubstituível. Se não está satisfeito, peça as contas e vá exercer toda essa grandiosidade, essa capacidade, na iniciativa privada! Abandone então o serviço público. Ele não é escravo. Vá para iniciativa privada. Mas aqui, no ensino público, vai estar sujeito às nossas regras e aos nossos princípios. Principalmente o da moralidade administrativa.

E esse atrito gera o enfraquecimento do magistério público superior, é óbvio. Isso não era para estar acontecendo. Mas aconteceu porque essa imoralidade foi tão grande que chegou a esse ponto. Cria-se a ação de grupos privilegiados. Alguns poucos utilizam-se de toda uma estrutura pública para auferir benefícios próprios. É uma coisa desigual que gera a quebra da isonomia salarial dentro do magistério. Legislação violada: artigo 37. E isto vem ocorrendo onde estão, em regra, os intelectuais do nosso Brasil, que deveriam estar defendendo as ideologias um pouco diversas, ao meu ver.

Eu trago aqui alguns questionamentos judiciais. Uberlândia, Ministério Público Federal contra a Universidade Federal de Uberlândia e sua fundação de apoio. Conteúdo: irregularidades na relação, incluindo pagamentos indevidos a profissionais com dedicação exclusiva. Isso já vem sendo questionado há algum tempo. Rio de Janeiro, 2001, o Ministério Público Federal e a Universidade Federal Fluminense. Conteúdo: cursos pagos. Parte da decisão: “a cobrança da mensalidade inviabiliza um amplo acesso de alunos menos favorecidos aos cursos, o que não se harmoniza com a regra de gratuidade inerente às instituições de ensino público”.

Goiás, 2002. Ministério Público Federal e Universidade Federal de Goiás: contratação irregular através de fundação de apoio. Aquele problema de se entrar pela porta dos fundos. Foi feito um termo de ajustamento de conduta na ação, em que a universidade reconhece o erro e se compromete “a substituir todos os prestadores de serviços empregados não

concurados contratados através de fundação de apoio e que se encontram prestando-lhe serviços”. Já é uma forma de moralizar a situação.

Ceará. Ministério Público Federal contra a Universidade Federal do Ceará. Conteúdo: cursos pagos. Pernambuco, 2003, citado pelo professor Maliska: o juiz determinou que “a União não poderá autorizar a realização de cursos de especialização, caso esteja prevista a cobrança de mensalidade aos alunos”.

Há o caso também do MP do Estado de Goiás, cuja petição eu tive a satisfação de assinar. Trata-se de uma discussão sobre a competência. Réus: Universidade Federal de Goiás e Funceg, uma fundação de apoio, uma parasita. Conteúdo: cursos pagos. Decisão do juiz: “Ninguém pode negar que a gratuidade em estabelecimentos oficiais de ensino seja matéria polêmica...” — realmente é, se não, não estaríamos aqui hoje — “...criticada por uns, defendida por outros. Todavia, o fato é que, enquanto vigorar o artigo 206, inciso 4, da CF, que estabelece a gratuidade do ensino público em instituições oficiais, ao Estado caberá observar rigorosamente tal preceito constitucional. Não é dado ao Estado, ainda que através de convênios com entes privados, burlar a vontade encartada na lei maior”. Isso deveria estar sendo observado aqui há muito tempo.

Independentemente da discussão da competência para julgar os cursos pagos, que ocorreu em Goiás, os atos de improbidade administrativa, envolvendo patrimônio público estadual, têm que ser discutidos. O MP Estadual não pode fechar os olhos para isso. E é necessária essa cobrança mesmo.

Eu vi numa reportagem que o MP do Estado de São Paulo estava mandando ofícios, pedindo solicitações para a fundação de apoio há mais de um ano. E a fundação de apoio justificando: “ah, não tive o prazo para informar”. Nós vamos esperar dez anos, depois que todo mundo encher o bolso, para pegar o dinheiro de volta? Temos que ser eficientes em relação a isso. Temos que exigir uma atitude rigorosa do MP, por parte da procuradoria do patrimônio público, procuradoria das fundações. É necessária uma fiscalização rigorosa.

Mas, se o cidadão achar que está muito tímida essa ação do MP, o que pode fazer? Ação popular! Nós temos que realmente efetivar a nossa democracia. Artigo 5º da CF: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público da entidade que o Estado participe ou à moralidade administrativa”. Então, nós podemos, sim, como cidadãos, ajuizar ação popular. Não vamos esperar nossos órgãos também incumbidos dessa tarefa. Vamos também, como cidadãos,

entrar com uma ação popular. A Adusp poderá fornecer um advogado para assinar nossa ação. Como cidadãos, como interessados na causa.

Por fim, devemos buscar todas as formas de defesa possíveis para manter a liberdade do ensino e do saber, bem como a promoção da ciência livre, sem esquecer ainda a ciência e a tecnologia como fatores determinantes do desenvolvimento econômico e do bem-estar social das nações, e não de uma ciência voltada exclusivamente para interesses do mercado e do lucro. A moralidade deve ser restabelecida. O professor Maliska acredita que a situação tem que ser regulamentada. Eu já acho que tem que ser regulamentada só nas exceções. Eu acredito que devam ser extintas quase todas essas atividades, por serem podres e imorais.

O STF deve ser chamado a se posicionar e decidir sobre isso. Espero que prevaleça a moralidade nesse país. Mas isso pode não acontecer, porque eu também não duvido que o STF tenha decisões muitas vezes um pouco destoantes de uma ideologia voltada ao interesse público. Mas, mesmo se o STF julgar contra, não deixarei de criticar esse sistema, esse relacionamento, e espero também que os interessados e a comunidade acadêmica lutem pela ideologia de fortalecimento do nosso ensino público.

Primeira rodada de perguntas

• Professor Ciro Correia (Adusp)

Fica bastante claro para mim que uma fundação criada por uma entidade pública, mesmo que de caráter privado, tem que ser prevista em lei. Como lidar com a situação da Fusp, que é uma fundação de direito privado, criada por iniciativa do Conselho Universitário da USP, discutida e votada em sessão do CO se, em nenhum momento, foi tomada iniciativa pela administração da universidade para que houvesse uma legislação no âmbito do Estado regulamentando essa fundação? No entanto, ela está aí, atuando, como se não precisasse de um dispositivo legal que a previsse.

Minha outra questão diz respeito ao conflito de interesses. Quando uma fundação dita de apoio faz um convênio ou uma proposta a uma unidade da universidade, não é razoável que o mesmo dirigente que está na fundação esteja na administração dessa unidade universitária, porque isso gera uma situação em que a pessoa estaria prejudicada por conflito de interesse. Como a gente vê, então, do ponto de vista jurídico, a questão de um Conselho Universitário como o da USP, que hoje tem um quarto de seus membros na administração e na direção das fundações privadas, normatizar essa relação? Esses membros se consideram prejudicados? É possível isso, é correto, é ético, é moral? Não há o que fazer?

• João Freitas (Sindicato dos Trabalhadores da Unesp)

Minha pergunta é a seguinte: nós sabemos que não é de hoje que esses fatos, essa roubalheira e tudo o mais que você puder colocar de adjetivos negativos, ocorrem na universidade pública, nos setores públicos. E muito pouco se tem feito. Têm sido feitas essas denúncias, mas a gente tem visto muito pouco resultado positivo com relação a elas.

No próprio Conselho Universitário da Unesp, mazelas têm acontecido. Têm passado rolos compressores por cima do Conselho, da universidade. Quando o Conselho pede explicações, pede esclarecimentos, eles não são apresentados. As fundações continuam existindo ao seu bel-prazer. Temos um problema muito difícil de ser resolvido.

A dificuldade que nós temos encontrado é a de fazer prevalecer e valer a legislação. Hoje, fiquei sabendo que qualquer cidadão pode entrar com uma ação contra isso. Mas, como é, de fato, que a gente pode fazer valer esse nosso direito?

• **Tatiana Pavão (Associação dos Pós-Graduandos da USP)**

A minha pergunta tangencia um sentido que alguém colocou sobre o acesso e a permanência dentro da universidade, citando que a moradia e o bandeirão, para os alunos que não têm recursos suficientes, devem ser fornecidos pela universidade, para mantê-los aqui.

Se realmente forem regulamentadas as fundações, tem-se uma tendência dentro da universidade a que se taxem as fundações para que elas banquem essa permanência dos alunos dentro da universidade. O conselho que discute a assistência estudantil está considerando taxar as fundações para garantir o acesso e a permanência dos alunos dentro da universidade.

Quando a gente vai discutir as fundações — um ente nocivo à estrutura pública da universidade — nos deparamos com o fato de que elas estariam garantindo a permanência dos alunos carentes dentro da universidade. Se alguém pudesse tocar nesse assunto, ajudaria bastante.

• **Professor Américo Kerr (Adusp)**

Minha pergunta, particularmente para o Maliska, que apontou na direção de uma legalização das fundações: como seria possível legalizar tantas irregularidades? No meu entender, isso significaria alterar a própria natureza jurídica da universidade. Teria que ser privada. Só é possível existir a universidade, com esse nível de ruptura com os princípios da moralidade pública e com os princípios do funcionamento da universidade pública, se mudarem mesmo os princípios de funcionamento dela enquanto instituição pública. Eu acho que o Maliska faz essa indicação muito mais na direção de uma pressão muito forte de privatização, que nasce por dentro da universidade, que foi essa abertura para o uso do patrimônio, para você se apropriar de recursos em benefício próprio. Então, essa questão eu gostaria de ver tratada pela mesa.

Primeira rodada de respostas

• Maria Sylvia Zanella di Pietro

A primeira questão diz respeito à Fusp, que teria sido criada por decisão do Conselho Universitário. Eu precisaria pesquisar. Na época em que ela foi criada, eu estava trabalhando aqui na CJ, mas não me lembro exatamente de como foi esse ato de criação. Se houve participação da USP na criação, dificilmente ela foge ao conceito de administração pública indireta. Ela estaria praticamente enquadrada entre as entidades de administração direta e, portanto, sujeita às normas da administração pública.

Com relação ao conflito de interesses, quer dizer, como se vê a questão do Conselho Universitário normatizando essa relação: quando eu trabalhei na CJ, foi designado um grupo de trabalho para apresentar uma resolução, estudar o assunto. Foram ouvidos vários representantes de fundações e

foi apresentado um resultado, com uma minuta de resolução. No primeiro colegiado em que essa minuta passou, ali morreu. Foi engavetada. E isso é bem uma demonstração do conflito de interesse, porque, realmente, o pessoal das fundações já tomou conta praticamente de todos os órgãos colegiados da universidade, ou seja, eles estão legislando em causa própria. Há realmente um conflito de interesses que fere o princípio da moralidade administrativa.

“O pessoal das fundações já tomou conta praticamente de todos os órgãos colegiados da universidade, ou seja, eles estão legislando em causa própria”

Até queria fazer uma observação.

Essas fundações, durante muito tempo, funcionaram um pouco silenciosamente. Ninguém tinha percebido muito. Eu nunca tinha ouvido falar nelas, até o dia em que vim trabalhar aqui na Cidade Universitária, e algumas questões vinham parar na CJ. Hoje, talvez, a coisa esteja chamando muita atenção, um pouco pela questão que a Adusp está colocando e pela atuação do Ministério Público. E quem iria, antes, entrar com a questão? O Conselho Universitário nunca teve muito interesse em fiscalizar e o TC-SP eu diria que sempre foi omissivo, pois ele sempre fechou um pouco os olhos. Ao contrário do que aconteceu na esfera federal, com o TCU, que logo começou a adotar alguns posicionamentos bem contundentes contra as fundações.

Como fazer valer? É a pergunta do João. Eu lembraria, até a título de sugestão, que o MP funciona um pouco como um *ombudsman*, como ouvidor geral, e na medida que temos conhecimento de irregularidades, podemos chegar a ele e denunciá-las. Como podemos também denunciar perante o TC. Então, se não quisermos entrar diretamente com uma ação popular, porque a ação popular depende de arrumar um advogado, temos que recorrer ao MP.

Com relação a acesso e permanência na universidade, eu não sei se tem muito a ver com a moralidade ou imoralidade ou com a legalidade ou ilegalidade das fundações. Na realidade, a universidade, como todos os órgãos públicos, está passando por uma crise financeira muito grande. Então, cogita-se que vamos taxar as fundações para que elas tragam recursos para a universidade. Na realidade, essa taxação das fundações tem sido ridícula. Além de 5% ser muito pouco — eram 5%, não sei se ainda é isso que está previsto para recolher ao fundo de pesquisa da USP —, ninguém cumpre. Esse é o grande problema.

Não se sabe exatamente quanto elas arrecadam e, quando se sabe, elas dificilmente recolhem. Teria que ser uma taxação maior, de maneira que se pudesse realmente dizer que a fundação carrega recursos para a universidade, porque hoje é tão ridícula a importância que não dá para dizer que a fundação de alguma maneira traga apoio para a universidade pública.

E como legalizar essas fundações com tantas irregularidades? Eu não sei. É por isso que não gosto mais de falar sobre o assunto, porque eu fui uma das primeiras a começar a falar, e jamais consegui um grande resultado. Talvez eu tenha conseguido chamar um pouco a atenção para o problema, já escrevi sobre ele. E funciona um pouco na base da cobrança. Nós, os interessados, o pessoal que entra com a ação, o MP, o aluno que se sente lesado e entra com um mandado de segurança. É uma cobrança que vem de fora da universidade. Quem é aqui de dentro tem uma dificuldade muito maior.

É principalmente pela participação do cidadão, dos interessados nessa cobrança, que se vai conseguir, ao longo do tempo, mudar esse quadro que temos. Que é lamentável. Apesar de não ter sido tão contundente, eu também não concordo com a maneira como hoje as fundações funcionam dentro da universidade.

• Marcos Augusto Maliska

Respondendo à primeira pergunta, eu lembraria, que o artigo 37, da CF, diz assim, no inciso 19: “somente por lei específica poderá ser criada uma autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista”. Somente por lei. Então, se é uma autarquia estadual, lei es-

tadual; autarquia federal, lei federal. Daí o inciso 20 diz o seguinte: “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”. Já tivemos essa discussão também, inclusive, porque a nossa fundação foi criada por diversos órgãos, não só a UFPR, que a instituiu, mas outros órgãos públicos, estaduais também. E, nesse caso, eu acredito que haveria uma necessidade daquilo que a Constituição fala, de uma autorização legislativa. No caso da USP, uma autorização legislativa da Assembléia Legislativa do Estado, e no caso das universidades federais, uma autorização legislativa do Congresso Nacional para funcionar. Não especificamente uma lei, mas uma autorização legislativa.

Em relação à questão da participação dos professores nos Conselhos, e daí eles serem representantes das fundações e então estarem defendendo interesses próprios, eu diria que vai depender da discussão que se fizer na universidade. A discussão que está acontecendo hoje aqui é um exemplo. O debate tem de envolver a comunidade universitária, chamar os alunos, chamar o conjunto dos professores e, de certa forma, transferir maior responsabilidade para o Conselho, ou seja, uma maior pressão deve ser exercida. Quando isso for discutido, acho que tem que todo mundo ir participar no Conselho e pressionar o conselheiro, no sentido de que efetivamente sejam estabelecidas normas claras e mais rígidas em relação a essa participação das instituições. E uma fiscalização muito grande. Não só dispor que vai recolher, mas, também, garantir que, efetivamente, vai ser recolhido recurso para a universidade.

No tocante a como efetivamente fazer valer o direito, pergunta do João, a administração sempre diz que, se você proibir um curso, isso vai significar a não oferta dele. Porque a universidade não tem recurso. A universidade, com o pouco recurso que tem, vai priorizar a graduação. Então, no momento que não há financiamento da especialização, se você não puder cobrar, você não oferta. Simples. Você poderia até imaginar determinados cursos que não têm grandes despesas, que você poderia trabalhar a questão da carga horária do professor e, daí então, como aconteceu na UFPR, no direito mesmo, houve cursos de especialização gratuitos.

Mas isso depende muito de uma ginástica da coordenação, tendo em vista que existe uma defasagem de professores enorme. A grande maioria são os chamados professores contratados. Não acontece concurso há muito tempo. Então, já existe uma dificuldade para ofertar a graduação. Eu mesmo, voluntariamente, por um ano, de graça, ministrei Teoria do Estado na UFPR, porque não havia professor. Como sempre estudei em

universidade pública, achei que, de certa forma, seria uma resposta, e dei aula lá durante um ano, porque efetivamente não tinha professor. Se esse já é um problema na graduação, imaginar que vai haver professor para dar aula na especialização é meio complicado. Então, isso implica também a questão de limitação fática efetiva, ou seja, proibir o pagamento do curso de especialização, na prática, é dizer que não vai ser ofertado o curso de especialização.

Com relação a moradia e alimentação, o modo como são usados os recursos é uma discussão na universidade. No caso da UFPR, 8% vão para o fundo acadêmico, pois há uma resolução da universidade que diz o que é esse fundo e para que o dinheiro é usado. Na USP, se ficar disciplinado que o recurso será repassado à universidade para manter a moradia, a alimentação dos alunos, ou seja, manter o aluno na escola, isso vai ser uma decisão política. Talvez seja uma forma de cooptar o movimento estudantil para ser favorável. Está também no campo político da universidade discutir isso, agora, qual vai ser a solução é algo que depende dessa discussão.

E como é possível legalizar tantas irregularidades? Inicialmente, gostaria de dizer que eu não conheço a realidade da USP. Nós, na UFPR, temos uma só fundação de apoio, a chamada Funpar, que foi criada pela universidade, é institucionalizada, tem um diretor-superintendente nomeado pelo Reitor e tem uma estrutura administrativa. A grande questão é que, tendo em vista a ausência de regulamentação, a fundação era usada como instrumento. O coordenador dizia: “paga tanto para tal professor”, e a fundação pagava. Agora, com a nova regulamentação, espera-se que, ao menos, se houver sobra dos recursos, se dê uma destinação definida, só pagar mediante notas, o Conselho fiscalizar, o TC fiscalizar para saber se há corrupção.

Uma vez, por exemplo, havia uma despesa de quase R\$ 10 mil de cafezinho no orçamento de um curso. Então, o Conselho vai dar um parecer num projeto desses e diz: “Meu Deus do céu, que café é esse? De onde que vem?” É uma responsabilidade do conselheiro que dá o parecer para aprovar o curso. Então, essa questão precisa ser discutida. Eu não saberia dizer, não tenho idéia de como isso funciona na USP. Parece que aqui talvez esteja mais fragilizada essa questão jurídica. Nós, lá, estamos procurando regulamentar. No meu ponto de vista, a grande questão diz respeito à inconstitucionalidade, não é nem ilegalidade, mas inconstitucionalidade. Diz respeito ao pagamento de mensalidade, violação do princípio da gratuidade no ensino público.

A lei 8.666, lei de licitações, gera a ilusão de fazer um controle prévio. Eu acho que, no Brasil, a gente tinha que dar maior flexibilidade para o administrador e punir aquele que comete a irregularidade. Às vezes, a gente tem idéia de tentar criar na lei todos os mecanismos de fiscalização. A gente engessa a administração. A administração, muitas vezes, faz péssimos negócios. Se tivéssemos uma fiscalização no final, efetiva mesmo, no sentido de punir o administrador corrupto, teríamos mais eficiência. Então, é lógico que as fundações de apoio vão ter uma flexibilidade muito maior que a administração direta.

A discussão que é crucial diz respeito ao pagamento da mensalidade e, também, aos hospitais universitários. Isso porque implica violação de um princípio constitucional. Por enquanto, a administração pública, o poder executivo, disse que isso é legal, porque pós-graduação *lato sensu* não está naquele dever do Estado de manter esse tipo de cursos. Esse foi o entendimento do MEC. E o que é que o judiciário vai dizer disso? Por enquanto, temos um ou outro juiz que dá uma liminar, um mandado de segurança, uma ação aqui, outra ali. Mas precisamos de uma definição, uma posição definitiva do poder judiciário sobre isso. Quem tem a competência para dizer isso? É o STF. Ou vai ser provocado, via controle direto, ou via recurso dessas ações, que podem chegar até ele.

• Marcelo André Azevedo

Em relação ao segundo ponto levantado pelo professor Ciro, só gostaria de complementar o seguinte. Se um quarto do Conselho Universitário está julgando em causa própria, está clara a imoralidade e qualquer decisão ou deliberação tomada ali pode ser questionada judicialmente para se anular o ato com base no princípio da moralidade. Hoje não nos baseamos mais na legalidade restrita. Muito embora esteja regulamentado para ele ter o seu direito de voto, nessa situação há uma imoralidade, ou seja, ele estaria julgando em causa própria.

Já a preocupação do companheiro Freitas é de, realmente, efetivar o direito do cidadão de acabar com essa imoralidade. Realmente, o MP pode agir, não só pode como deve. E mesmo se entender tímida ou omissa ou demorada a ação do MP, o cidadão pode questionar através de uma ação popular. Não precisa ser uma ação coletiva, pode ser uma ação individual, uma única pessoa questionando. Mas vai necessitar de um advogado.

Esse *Dossiê Fundações* já levantou muitos dados. Vamos submeter esse conflito de interesses à apreciação do judiciário. Tanto com ação popular,

como ação civil pública ajuizada pelo MP, ou outras entidades legitimadas. E acho importante o cidadão questionar através de ação popular. Pode-se entrar com várias ações. O advogado vai ser o obstáculo menor que você vai ter, pode ter certeza disso.

E como regularizar tantas irregularidades? Cortando o mal pela raiz. A professora Maria Sylvia falou: “já levei tantas pauladas”. Eu acho que é necessário. Às vezes, fico até satisfeito de levar pauladas. O sofrimento consciente é uma forma de elevação espiritual. Nós estamos vivendo, Maria Sylvia. Não vamos maquiar o monstro, vamos eliminá-lo.

Segunda rodada de perguntas

• Professor Francisco Miraglia (Adusp)

Uma das justificativas que as fundações usam para existir é essa história do “nós somos mais ágeis”. Então, a pergunta que eu faço à mesa é a seguinte: é possível as universidades públicas se reunirem e pressionarem o legislativo, o judiciário, de tal forma que, respeitadas as regras básicas de transparência do uso do dinheiro público, possamos fazer com que administração pública seja mais eficiente? Se a administração pública é tão ruim assim, por que será que o Alckmin se candidatou a governador do Estado de São Paulo? Maluquice completa querer ser governador do Estado, com todas essas limitações e restrições, não é? Existe aí uma necessidade da própria universidade e de outras organizações públicas dizerem: “Temos propostas de agilização da administração pública respeitadas, evidentemente, a transparência do uso do dinheiro público e a sua destinação social”.

A segunda pergunta: Maliska, você tinha me convencido totalmente de que o ensino público é gratuito em todos os níveis e em todas as modalidades. Não cabe na minha cabeça que o STF possa decidir diferente, nem que o ministro possa fazer uma resolução que se superponha a uma coisa que, está claro para todo mundo, é direito constitucional. Então, eu queria compreender qual é o espaço que existe de discussão nessa esfera. Gostaria que ficasse mais claro qual é o espaço, porque você me convenceu de que o ensino tem de ser gratuito em todas as modalidades na esfera pública.

• João Luís (assessor jurídico do Andes)

Gostaria de dizer que me preocupo com a função das procuradorias das universidades, que, me parece, deveriam servir como filtro para evitar essas irregularidades. Então, eu gostaria que a mesa situasse um pouco a função das procuradorias em função desses atos, muitas vezes provocados por interesses que, às vezes, cabem numa periferia, e imagino que não passem pelo crivo e a peneira do ponto de vista jurídico das procuradorias.

Respostas e considerações finais

• **María Sylvia Zanella di Pietro**

Muito interessante a colocação feita pelo professor Francisco. É uma questão que já abordei várias vezes, porque acho que existe uma hipocrisia, uma grande imoralidade quando se diz que administração pública funciona mal. Ela é ineficiente porque tem amarras, tem que obedecer licitação, concurso, tudo. E por que são impostas essas restrições todas? Porque a administração pública está administrando patrimônio público, está prestando serviço público. São amarras que o constituinte considerou importantes para quem vai administrar a coisa pública.

Então, qual é a justificativa para eu permitir que uma entidade privada administre o mesmo patrimônio público, o mesmo dinheiro público, preste a mesma atividade, sem essas amarras? Se essas amarras são ruins, devemos tirá-las da administração pública. Se é possível cobrar do aluno, por que a USP não cobra ela mesma? Existe nisso uma hipocrisia sem tamanho. Sempre critiquei isto e acho que se cria uma administração paralela, sem fundamento legal, dentro da administração pública.

Com relação à outra questão, se o ensino público é gratuito, não entra na sua cabeça que o STF possa decidir diferente. Na minha cabeça não entra que o MEC ou o Conselho Nacional de Educação ou qualquer órgão público possa admitir uma norma diferente. Eu estava dizendo, antes de começar aqui, para o professor Américo, que não reconheço, não vejo fundamento constitucional para essas resoluções, essas portarias baixadas pelo MEC ou pelo Conselho Nacional de Educação.

A competência para legislar sobre a educação é da União, através do poder legislativo. O MEC não tem essa competência, e se ele baixa uma norma que contraria a Constituição essa norma deve ser impugnada por inconstitucionalidade. Eu já defendi isso a propósito de outros assuntos e já sugeri que a Faculdade de Direito não cumprisse uma portaria do MEC que tornava obrigatória a monografia de final de curso, porque o MEC não tem competência legal para impor uma obrigatoriedade dessa.

Com relação ao papel, à função das procuradorias das universidades, eu fui procuradora do Estado e, enquanto procuradora do Estado, fui afastada e vim trabalhar na procuradoria da USP. E sempre achei fundamental para a função da procuradoria, para a defesa da legalidade, que os procuradores ocupem cargos efetivos, que eles tenham estabilidade. Eles não podem ocupar uma função de confiança, de maneira que, ou eles dizem

aquilo que os órgãos de direção querem, ou eles perdem o cargo. Então, é fundamental que todos os procuradores do Estado, todos os advogados públicos, entrem por concurso público. Tem que ter estabilidade, justamente para garantir essa independência e atuarem realmente como filtro dessas ilegalidades, que são muito comuns dentro da administração pública.

• Marcos Augusto Malíska

Em relação à pergunta do professor Francisco, vejo que, em tese, nós estaríamos tratando de direito à educação e direito fundamental. Então, a gratuidade do acesso ao ensino superior é uma característica desse acesso, desse direito à educação. E, como direito fundamental, ele é passível de restrição. A questão é saber se a restrição é constitucional ou não, e daí nós vamos trabalhar com a questão analisando o conjunto dos princípios que informam a Constituição.

O ensino é público, gratuito nos três níveis. Nossa Constituição é de 1988, não tinha caído o Muro de Berlim, estávamos em um momento de indefinição. Então, a Constituição de 1988 trouxe muito do Brasil passado, do Brasil de Vargas, do Brasil de Juscelino, do Brasil dos militares, positivou vários direitos e previu a possibilidade de se construir um estado social. A ordem econômica, por exemplo, é fundada no pleno emprego. Está no artigo 170 da Constituição.

Uma ordem de mercado, como nós temos hoje, globalizada, em que o mercado age livremente, está na ordem econômica do pleno emprego? Eu acredito que não, ou seja, há necessidade de um exército de reserva, isso Marx já disse no século XIX. Então, o problema é que temos uma constituição que olha para um lado e uma realidade que olha para outro. E nós, juristas, geralmente, ficamos no meio do problema, tentando resolver, adequar essas normas à realidade.

Konrad Hesse diz que a realidade constitucional influencia muito a interpretação constitucional e a força normativa da Constituição. Ou seja, fazer valer a Constituição implica bastante numa relação do que está escrito na Constituição com a realidade na qual é aplicada. E o que nós estamos vivendo é um momento de flexibilização, um momento de abertura, então os valores que estão influenciando a sociedade caminham nesse sentido.

A partir dessa perspectiva, é possível que o STF abra uma brecha nessa questão, possibilitando a cobrança e justificando com base nessa distinção entre ensino *lato sensu* e *stricto sensu*. Seria mais ou menos como decidiu o Conselho Nacional de Educação, dizendo que a especialização não confere grau acadêmico, não confere certificado, portanto, não é esse ensino

público e não estaria vinculada como dever do Estado. Tudo isso passa a ser elemento de argumentação para uma restrição a esse direito que possa passar a ser entendida como norma válida.

No meu ponto de vista, essa restrição é inconstitucional. Não temos restrição, até porque não previmos a progressividade da gratuidade, que seria a hipótese aceitável de restrição da gratuidade. A rigor, essa progressividade se estenderia ao sistema privado com a concessão de bolsas, ou seja, o ensino seria visto como um todo. Então você pode estar na escola pública pagando e na escola privada não pagando. É uma outra concepção. Eu particularmente acho que não, mas não posso também dizer que o Supremo vá decidir assim.

Também concordo, de certa forma, com a professora Maria Sylvia quando ela fala da inconstitucionalidade do parecer do Conselho. Só que, apesar de pessoalmente entender isso, existe uma questão também de responsabilidade funcional, pois quando digo “nós lá na procuradoria” estou relatando uma experiência profissional prática, efetiva. Eu poderia sofrer alguma espécie de sanção administrativa se me rebelasse contra um parecer do ministro vinculado. Agora, pessoalmente também, eu critico a posição do Conselho. Ele não tem competência para disciplinar esse tipo de questão. Mas, entre aquilo que a gente pensa e aquela *real politik* de que fala Bismark, eu tenho um hiato.

Em relação à função da procuradoria e da autonomia da procuradoria, não no âmbito estadual — a situação da USP é diferente — mas no âmbito federal, a partir de janeiro agora não fazemos mais parte do quadro das universidades. Desde de janeiro, foi criada a chamada Procuradoria Geral Federal, então as procuradorias das universidades estão vinculadas juridicamente à Advocacia Geral da União (AGU), em Brasília. Cada Estado tem as procuradorias regionais e, então, os procuradores ficam nas autarquias. Existe uma discussão sobre a autonomia universitária, mas não há conflito com a autonomia universitária porque o artigo que trata da AGU já falava que as procuradorias eram órgãos vinculados.

As procuradorias e os princípios da legalidade da administração e da moralidade ganham muito com essa autonomia do procurador, porque efetivamente o Reitor não manda mais, o Reitor pede. Você dá um parecer contrário e diz: “Se você quiser fazer diferente você faz, mas a responsabilidade é sua e eu vou dar um parecer contrário”. Como o parecer não é vinculado, não vincula a decisão da administração — só vincula nos casos das licitações, nesses outros casos não. O Reitor pode desconsiderar o parecer e entender de outra forma, só que ele vai responder perante o TCU mais à frente, quando houver a fiscalização. Então, a procuradoria tem um papel importante.

Mas tudo isso está dentro de um contexto maior. Por mais que eu acredite que o direito possa mudar a realidade, em algumas circunstâncias a situação é posta de tal forma que fica efetivamente difícil lutar contra ela. Nesses cursos que têm um apelo muito grande no mercado, os cursos de administração, economia, direito, medicina, em que há um público para isso, todo mundo está interessado. O professor é interessado porque vai ganhar dinheiro, completar seu salário. O aluno é interessado, porque prefere receber um certificado pela USP do que por uma faculdade desconhecida. E a administração é interessada porque é volume de produção.

Então nós estamos aqui, defendendo o texto da Constituição, defendendo os princípios, mas, a rigor, com limites fáticos assim consideráveis, porque a gente tem que ter ciência, para não ficar também numa ilusão. Eu sou meio realista, mantenho meus pés no chão. Prefiro um pássaro na mão do que dois voando.

• **Marcelo André Azevedo**

Acredito que, se o STF tiver interesse em subordinar a ordem social a interesses particulares, ele vai conseguir achar brechas na Constituição para assim interpretá-la e autorizar a cobrança desses cursos. Mas, ressaltando o que o professor Maliska falou, que os direitos fundamentais não são absolutos, é possível uma restrição. Entretanto, no meu entendimento pessoal e jurídico, acredito que, nesse caso, não seja cabível. A não ser através de uma nova Constituição, porque esse direito fundamental foi colocado e, na época da Constituinte de 1988, nosso poder originário não restringiu. Então, não caberia ao poder constituinte derivado restringir aquilo que o poder originário não restringiu. Não é possível mexer nisso, mesmo porque é uma cláusula pétrea. Se é um direito fundamental, não pode ser alterado por emenda constitucional.

Já o João Luis falou em relação à procuradoria, será que ela não seria um filtro? Realmente, falta à Procuradoria Federal, como às procuradorias do estados, a chamada independência funcional, que hoje é uma prerrogativa dos membros do MP e da magistratura. Nós somos independentes funcionais. O procurador-geral não pode chegar para mim e falar “atue desse jeito ou daquela maneira”. Realmente, não precisamos seguir recomendações, quando nós temos meios de sustentar nosso convencimento com base na Constituição. Mas, infelizmente, a procuradoria é um pouco limitada nisso e pode até sofrer questões funcionais.

Tema: Cursos Pagos

Alessander Sales, Procurador da República (CE)

Ana Maria da Cruz, Procuradora Sub-Chefe da Consultoria Jurídica da USP

Marcelo Chalreo, Advogado e membro do coletivo jurídico do Andes-SN

Abertura

• Professor João Zanetic (Adusp)

A discussão que vem sendo travada na USP sobre as fundações de apoio e a questão do ensino público vem já de muitos anos, desde que começaram a surgir as fundações privadas no âmbito da universidade. Isso me faz lembrar exatamente março de 1964, aliás, um período histórico marcadamente significativo no nosso país. Há 40 anos, eu era calouro nesta universidade, neste instituto, que, na verdade, naquela época era o Departamento de Física da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. O que me chama a atenção, e que de certa forma está relacionado com o tema — curso pago, curso gratuito — é que, naquele ano de 1964, as vagas públicas em São Paulo, no total das vagas em ensino superior, estavam em cerca de 45%. O restante das vagas estava, boa parte delas, nas universidades confessionais.

As universidades privadas de então eram as PUCs, o Mackenzie, que também era uma confessional. Eu me lembro da Engenharia Mauá, da FEI, que também era uma faculdade de engenharia industrial ligada à PUC. Nós tínhamos esse cenário. E mais: no país, as vagas públicas eram da ordem de 61,5%. Hoje, em São Paulo, nós temos por volta de 10% das vagas no ensino superior público. Então, quando falamos de cursos pagos, e quando lembramos que esses cursos pagos não estão apenas nas universidades privadas, ou nas confessionais, mas adentram os muros da universidade pública, como é o caso da nossa USP, a situação fica bastante grave.

Eu participei de vários debates, assim como outros colegas da Adusp, no decorrer do ano passado. E quando nos debruçamos sobre esse tema, só para mencionar o aspecto jurídico, nós podemos pensar em como

fica o curso pago numa universidade pública, se atentarmos ao que diz a Constituição Federal de 1988. E aí eu destacaria o artigo 206: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”. Esse é o inciso primeiro, que eu acredito que os cursos pagos violam. Lembro também o inciso quarto: “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”, e o artigo 208, em seu *caput*: “dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: inciso quinto: acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um”.

Eu associaria, de um lado, o espaço público de direito sendo ocupado pelos interesses do privado, o espaço público se encolhendo, e, de outro, o espaço privado se ampliando, e isso no interior de uma universidade pública, que deveria estar, no nosso entender, respeitando o que diz a nossa carta maior, o documento jurídico maior do país.

Exposições

• Alessandro Sales

Na Procuradoria da República no Estado do Ceará (MPF-CE), nós nos deparamos com a atuação da Universidade Federal do Ceará (UFCE) oferecendo sistematicamente na imprensa local vagas em cursos de especialização, portanto, expressamente designados nessas propagandas como cursos de pós-graduação *lato sensu*, mediante o pagamento de mensalidades. A partir desta constatação, resolvemos instaurar um procedimento administrativo e, com muita calma, investigar toda esta questão.

Por que com muita calma? Considerando que nós não tínhamos a vivência da realidade, da estrutura da universidade, nem uma aproximação maior com seu funcionamento, resolvemos verificar se isso que estava se desenvolvendo se adequava aos parâmetros constitucionais estabelecidos para o oferecimento da atividade pública de educação.

O primeiro passo foi saber quais eram os cursos, quais as modalidades de oferecimento, como era feita a cobrança, os valores e quais as instituições que gerenciavam esses valores arrecadados. Requisitamos as informações pertinentes e nos deparamos com uma situação que nos obrigou a uma análise muito mais profunda do problema.

Nós chegamos à conclusão de que esses cursos estavam conseguindo fazer com que a UFCE arrecadasse uma soma significativa de recursos, que eram integralmente aplicados no gerenciamento e no oferecimento desses cursos. E fomos então, no aprofundamento da investigação, verificar como os gastos eram realizados, e chegamos à conclusão, num levantamento preliminar, de que mais de 80% desses gastos eram realizados com o pagamento de horas-aula aos professores. Resolvemos, então, fazer o confronto dessa realidade com o parâmetro normativo constitucional.

A primeira providência tomada foi saber qual seria a posição oficial do Ministério da Educação sobre o oferecimento desses cursos. Resolvemos fazer um questionamento objetivo e indagamos ao MEC se estes cursos de

“O pagamento de mensalidades feria o artigo 206, inciso 4, da CF, que garante a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. Mas tínhamos outros problemas. Esses cursos eram ministrados por pessoas jurídicas de direito privado”

pós-graduação *lato sensu* — especializações — poderiam ser oferecidos para a comunidade mediante uma contra-prestação, referente ao pagamento de mensalidades. Mas, antes disso, resolvemos enviar esta indagação, já com a postura oficial da UFCE.

A postura oficial era a seguinte: esses cursos, na verdade, não estão compreendidos na oferta regular da UFCE. Segundo aquela resposta, eles sequer partiam de uma iniciativa da universidade. A UFCE recebia um reclamo social grande e, a partir dessa provocação da sociedade, elaborava os cursos e oferecia esta modalidade de prestação. E, além disso, naquele primeiro momento, fez questão de frisar a universidade, eram cursos que poderiam ser oferecidos mediante uma contraprestação direta feita pelo aluno, porque eram cursos que ofereciam certificações. Os certificados eram geridos por pessoas jurídicas de direito privado, que faziam convênio com a universidade, e não tinham nenhuma participação da UFCE no que dizia respeito ao aporte de recursos orçamentários.

Com fundamento nesta informação, resolvemos ouvir o MEC, e a resposta que recebemos foi contundente. O MEC, através de ofício, nos respondeu claramente o seguinte: “O ensino ministrado por instituições públicas, independentemente do sistema que se vinculam e do nível da educação que ministram, deve ser gratuito. As universidades federais de ensino superior respondem pelos atos comissivos e omissivos que tenham praticado no exercício dos seus objetivos institucionais”. O MEC estava dizendo: o curso tem que ser gratuito. E, no ofício que foi enviado, diz claramente: “isto é muito fácil de ser respondido, basta ler o artigo 206 da Constituição”. Naquele momento, esse era o posicionamento oficial do MEC. E dizia mais: as universidades que respondam perante o MP se se afastaram deste modelo constitucional; a União, através do MEC, não tem nada a ver com isso. É isso o que ele diz, os atos comissivos ou omissivos devem ser de responsabilidade da universidade.

Considerando a resposta do MEC, que foi resultado de uma consulta, e foi analisada pela Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, nós então chegamos à seguinte conclusão: como a Constituição impõe a gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais, como o MEC entende que os cursos ministrados por universidades públicas vinculadas a quaisquer sistemas — estadual ou federal — e em qualquer nível devem ser gratuitos, nós entendemos que os cursos de pós-graduação, *lato sensu*, inclusive, deveriam ser gratuitos e não poderiam ser oferecidos à comunidade mediante uma contraprestação direta do aluno.

Resolvemos então tentar, junto à universidade, ajustar esse modelo da UFCE ao parâmetro da CF. A UFCE se mostrou reticente e continuou oferecendo os cursos, o que nos levou a buscar a obtenção de uma ordem judicial capaz de fazer com que o modelo constitucional fosse seguido pela universidade.

Nesta ação, já com uma instrução muito mais aprofundada, nós abordamos vários aspectos do oferecimento daqueles cursos e eu acredito que muitos desses aspectos estejam sendo vivenciados aqui na USP, pelo que eu pude verificar das informações constantes das publicações da Associação dos Docentes.

O primeiro aspecto, de natureza absoluta, diz respeito à gratuidade. O MPF, naquele momento, afirmou o posicionamento institucional de que o oferecimento de cursos mediante pagamento de mensalidades feria o artigo 206, inciso 4, da CF, que garante como princípio a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. Além disso, nós poderíamos constatar na internet, no site da Capes, a seguinte informação, explícita: “gratuidade do ensino: o artigo 208, incisos 1 e 2, da CF, consagra a obrigatoriedade da oferta de ensino fundamental gratuito gradativamente extensivo ao ensino médio”.

No que concerne à pós-graduação, o artigo 206, inciso 4, insere a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais entre os princípios que regem o ensino no território brasileiro. O texto constitucional é muito claro: o ensino ministrado por instituições federais deveria ser gratuito em qualquer nível, já que a CF não faz essa diferenciação.

Mas nós tínhamos outros problemas nessa universidade. Esses cursos — e acredito que aqui isso siga essa mesma modelagem — eram ministrados por instituições privadas. Várias instituições, pessoas jurídicas de direito privado, eram formadas por docentes, com a finalidade de instrumentalizar a universidade no desenvolvimento destes cursos.

Nós então procuramos, com muito cuidado, saber junto ao MEC quais as entidades, pessoas jurídicas de direito privado, que, criadas nos termos da legislação específica, a lei federal 8.958/94, possuíam um credenciamento junto ao MEC para funcionar como instituições de amparo às universidades federais.

Qual não foi a nossa surpresa ao receber do MEC que somente uma única instituição no Estado do Ceará estava credenciada para atuar desta forma, uma atuação de amparo a uma universidade pública. E qual não foi a nossa surpresa, bem maior, ao constatar que esta única instituição era justamente a única que não era utilizada.

Tendo todo este quadro determinado pela investigação, nós resolvemos primeiro identificar as instituições que estavam sendo utilizadas: todas eram pessoas jurídicas de direito privado, criadas por docentes da

universidade, e que estabeleciam um vínculo direto com os professores que ministravam esses cursos. A partir desta constatação, nós investigamos qual o tipo de docente utilizado nesta modalidade de curso e verificamos as seguintes situações: professores da UFCE que estavam atuando nesses cursos dentro da sua carga horária normal, contratual, inclusive, com prejuízo da sua carga horária junto ao ensino de graduação.

Nós tivemos o cuidado então de requisitar informações da universidade no que se refere ao horário de aula de todos os professores dos centros e das faculdades que ofereciam esses cursos. Deixamos passar um tempo, um ou dois meses, e pedimos então informação referente à carga horária de todos os professores que estavam ministrando aulas nos cursos de pós-graduação pagos, nas especializações. E esse pequeno tempo foi necessário para a universidade ter esquecido de tomar os devidos cuidados e acabou sendo enviada ao MPF uma informação que nos chocou.

Nós constatamos um flagrante choque de horários. Ou seja, o professor estava às sete horas da noite de quinta-feira na graduação e estava às sete horas da noite de quinta-feira na pós-graduação. No momento, nós pensamos que ele podia ter-se valido dos seguintes expedientes: podia ter juntado a turma e ter dado uma aula só, e aquilo valia para a pós-graduação e também para a graduação, o que já era complicado, porque você já confundia o grau de ensino. Talvez, até o argumento fosse que a graduação já estaria recebendo um ensino de pós-graduação. Mas essa não era a realidade.

A realidade era que o professor não estava presente. Ele tinha que estar presente em dois locais e ele não conseguia. Então, o que era feito? Nesta aula da graduação, como o pagamento é resultante de uma contratação, os professores deixavam monitores ou alunos de mestrado e iam dar as suas aulas na pós-graduação, paga. E recebiam o pagamento a título de hora-aula. Foi a primeira constatação.

A segunda constatação foi que a UFCE estava utilizando também pessoas estranhas à universidade, que eram convidadas a dar aula nesses cursos. E nós nos preocupamos com o critério utilizado para a determinação desses convites. Nós até tentamos descobrir se as pessoas eram convidadas tendo em vista um notável saber, uma titulação específica, uma determinada área de conhecimento que a universidade não possuía. Mas verificamos que os convites não atendiam a nenhum desses requisitos. Na verdade, os convites eram feitos aleatoriamente. Eram feitos com violação da impessoalidade, isto é, alguns eram escolhidos num contexto social e passavam então a atuar como se professores da universidade fossem, ministrando esses cursos dentro da universidade.

E nos deparamos também com uma outra realidade. Pessoas jurídicas de direito privado, criadas como entidades de apoio, não para a universidade, mas para outras instituições. Detectamos cursos, principalmente na área de direito, que eram ministrados para a Escola Superior do Ministério Público, a Escola Superior de Magistratura, em convênio com a universidade, para a capacitação dos membros da instituição. Nestes, nós tivemos também um cuidado especial e verificamos uma diferença. Nesses cursos, a universidade não cobrava mensalidade do aluno. A instituição adquiria o curso, pagava pelo curso, a universidade oferecia o curso, e aquela instituição que estava estabelecendo a parceria realizava, entre seus integrantes, um processo seletivo. Então tivemos que verificar também a adequação da constitucionalidade desses expedientes.

Chegamos à seguinte conclusão, que colocamos para apreciação judicial: os cursos não podem ser ministrados mediante pagamento porque violam a Constituição, artigo 206, inciso 4. Era uma questão absoluta. Acolhida essa argumentação, você estaria fechando a porta absolutamente para qualquer atividade. Mas, se o entendimento do Judiciário era de que aqueles cursos podiam ser ministrados mediante pagamento, que eles seguissem a um regramento.

Primeira coisa: a entidade, pessoa jurídica de direito público, que servisse de anteparo para a realização desses cursos deveria ser credenciada junto ao MEC e deveria atender aos requisitos da lei 8.958/94, que já é uma flexibilização. Esta lei, para flexibilizar a oferta de cursos, repassa essa atribuição para as entidades de apoio, mas estabelece uma série de requisitos, inclusive controle do Tribunal de Contas da União, do MPF. Essas instituições devem ter a natureza jurídica de fundações públicas, portanto, sob controle do MPF e do TCU, e devem ser credenciadas junto ao MEC.

Se era para flexibilizar, que essa flexibilização só fosse possível através da utilização de instituições que preenchessem esses requisitos, que não fossem utilizados professores vinculados à universidade num regime de dedicação exclusiva, a não ser de forma esporádica, como permite a regulamentação da própria universidade. Ou seja, que o professor com dedicação exclusiva não estabelecesse um vínculo direto com a pessoa jurídica de direito privado, um vínculo que até hoje não sabemos qual é sua natureza, se é prestação de serviços, se é um vínculo trabalhista.

Pedimos à Justiça também que determinasse que a utilização do professor com dedicação exclusiva só se desse dentro desse requisito, de uma utilização esporádica, de uma utilização imprescindível, ou seja, quando você não tivesse como utilizar outra pessoa e, mesmo assim, não de forma permanente. E que também não fosse permitida a utilização de professores

que não mantêm com a universidade nenhum vínculo, a não ser através da prática de um ato administrativo fundamentado e sem violação do princípio da impessoalidade.

Esta ação recebeu uma liminar e a Justiça Federal no Ceará, num primeiro momento, determinou a suspensão da abertura de novos cursos pagos no âmbito da universidade. E também determinou de ofício, sem que o MPF tivesse pedido, que as mensalidades que estavam sendo pagas para cursos em andamento fossem depositadas na Justiça para garantir o ressarcimento, caso, no julgamento final, a Justiça entenda que esses cursos não podem ser pagos.

Pois bem, o Tribunal Regional Federal de Recife, na 5ª Região, casou parte dessa liminar — somente para a parte dos depósitos — e manteve a proibição da abertura de novos cursos no agravo de instrumento manejado pela universidade. Essa ação hoje está concluída para julgamento, e nós fomos procurados pela universidade, com uma proposta de regulamentação, de um regramento mínimo para garantir a continuidade desses cursos. Resolvemos que vamos esperar o julgamento de mérito da ação, porque a tese deduzida na ação é de absoluta impossibilidade de realização mediante pagamento.

Se a Justiça Federal entender que é possível a cobrança, o MPF tem todo o interesse em sentar com a universidade e estabelecer como a cobrança vai ser feita, quanto é que vai ficar com a universidade, quanto é que vai ser direcionado para o pagamento da hora-aula, enfim, mecanismos de controle. A universidade tem que ganhar com isso, e não estava ganhando nada, pelo contrário, estava tendo prejuízo. O percentual repassado era tão pequeno que não pagava nem a luz, a água que a universidade gastava. Mas nós resolvemos então esperar um pronunciamento do Judiciário, porque achamos que chegou um momento de termos certeza do que pertine à interpretação do dispositivo constitucional, e esta certeza virá com uma decisão judicial.

Para concluir, nós fomos acusados, lá no Estado do Ceará — e acho que esta acusação não foi até o momento só feita contra o MPF — de estarmos atuando para inviabilizar a universidade pública, com o argumento de que esses cursos eram oferecidos pela universidade privada, se a universidade pública não oferecia.

Mas o que causa maior espanto é que, depois de toda essa controvérsia, o MEC voltou atrás e modificou seu entendimento. Aquele primeiro entendimento contundente, aquela primeira informação que

foi dada para o MPF foi reformulada e, através de uma interpretação, me parece que a única possível, o MEC tem dito que estes cursos, na verdade, não constituem ensino e, portanto, constituem cursos de extensão. Não consigo entender. Como é uma universidade pública, tem que oferecer ensino, tem que fazer pesquisa e tem que oferecer extensão. E me parece que extensão é exatamente aquilo que a universidade reverte para a sociedade.

É interessante notar que as universidades privadas têm vários programas de extensão gratuitos. Revertem para a sociedade, gratuitamente, parte de sua atuação. Isso a gente pode ver em programas de direito, escritórios-modelo, programas de cidadania, hospitais, atendimentos médicos, odontologia... Então, a extensão parece ser algo que a universidade reverte diretamente para a sociedade e eu entendo ser mais grave assumir o discurso de que esta reversão direta que a universidade faz da sua atuação para a sociedade só é feita para quem pode por ela pagar. Então nós verificamos que isto viola a igualdade.

A CF diz que o acesso a esse nível de ensino superior, o ensino mais amplo, será feito de acordo com a capacidade, mas não de acordo com a capacidade econômica de cada um. De acordo com a capacidade que cada um demonstrará através de processos de ingresso em acompanhar, ingressar naquele curso, desenvolver-se naquele curso. A partir do momento em que eu só admito para esses cursos pagos a abertura de vagas para pessoas que podem pagar, eu faço uma diferenciação entre os que podem pagar e os que não podem pagar.

Eu violo a igualdade e violo a liberdade de acesso, na medida em que eu, que não posso pagar, não me submeto nem a um processo seletivo porque, se eu for aprovado, eu vou ter que pagar a mensalidade e, se eu não posso pagar, por que me submeter ao processo seletivo? E esta desigualdade, me parece, não é permitida pela CF. Esta desigualdade não é suprida com o oferecimento de 10%, 20% das vagas a título de bolsas de estudo. Parece também que não é expediente dessa natureza que preenche o requisito da igualdade no ingresso.

Então foram esses os aspectos levantados. Eu vim aqui mais para noticiar esta atuação do MPF, e este questionamento está na Justiça. Nós estamos esperando para breve uma decisão judicial. E acho que os pontos polêmicos que podem ser levantados a partir desses aspectos que eu mencionei aqui serão objeto de um debate, posteriormente, de forma mais proveitosa.

• Ana Maria da Cruz

Sou membro da Consultoria Jurídica (CJ) e participei inclusive do Grupo de Trabalho de Fundações, no primeiro semestre de 2003. Eu vim aqui representando a instituição e, particularmente, a CJ.

A lei sempre merece interpretação e a gente vai colocar um outro ponto de vista, diferente do externado aqui, em relação à interpretação da Constituição (CF). Eu vou praticamente pegando a história da CJ na discussão desse tema e vou levantando os pareceres que foram elaborados e que mereceram, inclusive, aprovação das instâncias maiores da universidade, em especial, da Comissão de Legislação e Recursos (CLR), ligada ao Conselho Universitário.

Vou ser breve, porque alguns pontos foram muito bem colocados aqui pelo procurador de justiça. O mais grave de tudo é que, às vezes, a interpretação da Constituição acaba ficando sedimentada pelo Poder Judiciário, de uma forma não tão satisfatória, para atender aos interesses da universidade, da comunidade, porque existem desvios que são praticados na execução de determinados programas. E os desvios, às vezes, ficam tão grandes que você, para compensá-los, tem que pôr uma regra muito forte, uma camisa de força. E isso é prejudicial. Por isso acho que em tudo isso, na verdade, é importante a gente chegar no melhor da interpretação jurídica, que atenda ao interesse público, que atenda aos fins da universidade e que a gente consiga avançar prestando os melhores serviços à sociedade.

O que a gente precisa é não fixar interpretações por demais restritivas, mas, sim, fazer controles efetivos da atuação. Nós temos uma legislação e até uma normatização universitária a respeito de participação em cursos de especialização, em atividades eventuais, em prestação de serviço, em que existem limites de ganhos e limites de horário. Quer dizer, evitando essa questão de você prestar, no mesmo horário de trabalho, serviços que estariam desviando do ensino regular da universidade. Isso é uma questão de controle, que tem que ser feito.

Iniciando a história de como tudo isso se desenvolveu, nós estamos num estabelecimento público, o nosso ensino é gratuito e isso a gente não pode deixar de reconhecer, não questionamos esse princípio. Partindo disso, a CJ teve uma interpretação de não-cobrança no geral dos cursos. Isso há décadas, quando a universidade não tinha uma posição tão atuante ou tão influente na sociedade. Já na década de 90, o parecer da CJ foi que, tendo em vista uma norma estatutária, poderíamos ter alguma cobrança que retribuisse as custas da universidade, nesse tipo de curso,

que seria a critério dela fixar. E essas taxas teriam que ser retributivas, ou seja, elas teriam praticamente um valor simbólico. O parecer mais ou menos se fecha nessa linha.

Posteriormente, já quando a universidade entra num volume maior de prestação de serviços à comunidade, em que você faz pesquisas já direcionadas, enfim, veio novamente uma colocação para a CJ sobre o quê, como poderia cobrar, se poderia cobrar, e aí foi feita uma primeira análise mais efetiva sobre a possibilidade de exceder esse valor numa mera taxa, que seria uma taxa retributiva. Nesse parecer, ficou bem pontuado que o artigo 206 da CF, quando coloca “ensino”, ele coloca o “ensino regular”, o “ensino de formação”. O ensino de formação estaria vinculado à graduação e à pós-graduação *stricto sensu*.

Essa interpretação — reconhecendo que o inciso 4 fala “ensino gratuito nos estabelecimentos oficiais” — surge numa conjugação dos dispositivos do artigo 206, e dos incisos dos artigos 206 e 208, que falam que será progressiva a gratuidade no ensino médio e que o acesso ao ensino superior será de acordo com a capacidade. Ou seja, não existia, na verdade, uma exigência de que todas as atividades da universidade fossem gratuitas. Então, nesse sentido, cursos que não se referissem à formação — depois eu vou ler a decisão da CLR, que vai pontuar muito bem isso —, cursos que não fossem de graduação ou que não fossem de pós-graduação *stricto sensu*, estariam destinados a aperfeiçoamento pessoal e a atender interesses da sociedade, poderiam ser cobrados.

Foi assim que se chegou à possibilidade dessa cobrança. Posteriormente, e esse é o último parecer que a gente tem, houve um estudo aprofundado, feito pela jurista Maria Paula Dallari Bucci, em que ela levanta todo o histórico das constituições brasileiras, pontuando como foi colocado o ensino público gratuito nos diversos níveis nas diversas constituições brasileiras e nas constituições aqui do Estado de São Paulo.

E chegou-se realmente a essa colocação de que o artigo 206 estaria reservado ao ensino regular, ao ensino de formação, e o artigo 208, em con-

“A cobrança não viola dispositivos constitucionais, posto que, repetindo o artigo 206, a expressão ‘ensino’ sinaliza cursos de graduação ou de formação para docência, mestrado e doutorado”

jugação com o 206, onde a gratuidade não é o fundamento mesmo de todas as atividades da universidade. Então, qual foi afinal o entendimento jurídico que ficou firmado? Que a cobrança não viola dispositivos constitucionais, posto que, repetindo o artigo 206, a expressão “ensino” sinaliza cursos de graduação ou de formação para docência, mestrado e doutorado.

Os demais cursos, os cursos de extensão, ministrados por universidades, mas se relacionando com uma prestação de serviços, criados para atender segmentos que já foram atendidos em termos de formação, ou para atender exigências de mercado ou da sociedade, poderão ser auto-financiados, preservando os recursos orçamentários para a graduação e a pós-graduação *stricto sensu*.

O pagamento, então, passa a ter uma natureza de contrapartida da sociedade por serviços prestados pela universidade. Com relação à questão do acesso, entende-se também que não há ofensa ao livre-acesso, pois a educação, na forma de serviço público a ser prestado a todos, já foi e será atendida nos estabelecimentos oficiais de ensino superior nos níveis de graduação e pós-graduação. Em relação à preocupação com esses desvios, que existem realmente e que podem surgir, e que acabam levando a interpretações até mais restritivas, eu vou ler uma parte da colocação da CLR, que mereceu o parecer do professor Walter Coli e da professora Ada Pellegrini, inclusive dizendo que, mesmo em termos tributários, a taxa não tem um caráter tão retributivo.

O parecer diz assim: “O legislador, quando estabeleceu na Constituição a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, referia-se genericamente ao ensino básico nos três níveis já consagrados (primário, secundário e superior). Assim é que, no artigo 208, repetido no artigo 4º da lei 9.394, de 1996, da LDB, dispõe-se que o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de: ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiverem acesso na idade própria; e progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio. O legislador silencia quanto à gratuidade no ensino superior. Portanto, o disposto no artigo 206 da Constituição deve ser entendido como gratuidade nos estabelecimentos oficiais de ensino para os cursos de graduação regulares que levem ao bacharelado, à licenciatura e à habilitação profissional. Dá-se ainda esse entendimento aos cursos que levem à obtenção do mestrado e doutoramento, o que é compreensível, pois garante-se a uma parcela da população o acesso gratuito aos mais altos graus propiciados pela universidade, com a finalidade de formar quadros para o

magistério superior e para o desempenho de funções muito especializadas na sociedade, como a de pesquisador científico. No entanto, seria empregar interpretação abrangente ao disposto no artigo 206 da Constituição se a ele se subordinassem as demais e muitas outras atividades da universidade. A cursos de extensão, especialização, pós-graduação *lato sensu*, como se lê nos incisos 3º e 4º do artigo 44, da LDB, não há, pois, infringência da Constituição cobrar mensalidade, taxa, inscrição ou pagamento para participantes de cursos de especialização, com 360 horas ou mais, de aperfeiçoamento, de atualização, de difusão cultural e outros assemelhados. A prova de que a USP entendia dessa forma as atividades de extensão e de especialização, pós-graduação *sensu lato*, isto é, sem gratuidade, está no artigo 12 da resolução 3.533/89, que prevê a participação remunerada de docentes do RDIDP em cursos de extensão pelo limite máximo de 36 horas semestrais. Mais elucidativo ainda é o disposto no parágrafo 2º dessa mesma resolução de 1989, exigindo que essa remuneração provenha de fontes estranhas ao orçamento concedido pelo Governo do Estado de São Paulo à universidade. Isto é, desde que não seja com verbas do orçamento concedido pelo governo, pode-se remunerar o docente pela atividade em cursos de extensão. Subentende-se dessa resolução que a remuneração possa provir de cobrança de taxa”.

Na verdade, então, já existia, dentro da norma universitária, toda uma regulamentação, ou seja, no sentido de horas, de valor a receber, que permitia a você aplicar essa cobrança de forma que um controle pudesse ser feito com maior eficiência. A Pró-Reitoria de Pós-Graduação proibiu realmente a cobrança em cursos de pós-graduação, mesmo de especialização, então hoje a gente não tem essa cobrança dentro da universidade, no que diz respeito aos cursos da Pró-Reitoria de Pós-Graduação.

Em relação à Pró-Reitoria de Cultura e Extensão, que são os cursos de extensão, até voltando a algo que o Alessandro colocou, a questão do acesso, existe aqui uma proposta. Eu não sei se ela está totalmente aperfeiçoada, mas é um sinalizador da posição da universidade, quando você faz um curso que tem cobrança. O texto é do Conselho de Cultura e Extensão:

“Nos cursos de acesso restrito, dois casos merecem maior atenção. O primeiro, concebido para fins mais específicos, onde exclusividade e sigilo estão incluídos, e o segundo, onde isso não é exigido”, ou seja, não tem sigilo, não tem exclusividade, são os cursos *in company*, que são os cursos fechados. “No primeiro caso, por não cumprirem integralmente o terceiro parâmetro, o caráter público, não há possibilidade de ser reconhecido

como um curso de extensão da universidade e de emitir-se certificados”. Então, seria um aperfeiçoamento, um treinamento, algo nesse sentido. “O grupo de docentes interessados pode executá-lo como uma atividade de assessoria desde que devidamente autorizados pelos órgãos competentes. No segundo caso, no qual exclusividade e sigilo não são necessários, a USP poderá reconhecer o curso apresentado por um grupo de docentes como um curso da universidade e, assim, emitir certificados individuais aos participantes. Nesse caso, os docentes responsáveis, ou o grupo certificado como de capacitação e qualificação similar deverão realizar o curso de acesso irrestrito similar ao curso proposto”.

Este documento fala como devem ser apresentados os relatórios para evitar essa impossibilidade do acesso pela questão econômica. Ou seja, a universidade internamente reconhecendo todas essas questões do acesso tem propostas no sentido de atender da melhor forma.

• **Marcelo Chalreo**

Eu trabalhei há muitos anos com um velho advogado que dizia que a lei, um produto do homem, é um instrumento falho. Ele dizia sempre que a lei era de fato produto do homem e a interpretação da lei, dos deuses ou dos demônios. Enfim, é obvio que a norma jurídica vai compreender interpretações distintas, de acordo com os interesses distintos que ela confronta. Então, não me causa nenhuma espécie que esses conflitos estejam vindo à baila ao longo dos últimos anos, sobretudo, como pontuou aqui, na parte da manhã, o Marcos Maliska, porque, naturalmente, a Constituição sofre as pressões da sociedade.

Há de se ver como é que essas demandas vão ser atendidas e em que medida a CF poderá ser ou não “elastecida”, para que determinadas interpretações possam ficar contidas dentro de seus princípios, sem que isso represente uma ofensa à própria norma constitucional. Particularmente, acho que estamos diante de grosseiras inconstitucionalidades e ilegalidades. E permitam-me os que pensam o contrário — com toda a ênfase que o meu xará aqui do MP de Goiás utilizou na parte da manhã, eu não vou ser tão enfático —, mas o fato é que os administradores públicos, por razões várias, têm procurado distorcer os textos constitucionais e legais, tentando extrair mais do que água da pedra, talvez até leite da pedra. Isso na exata medida em que procuram dar a instituições que não têm determinada finalidade, outra finalidade que atenda a interesses diversos daqueles pensados pelo próprio legislador constituinte ordinário.

Porque nós não estamos apenas confrontando dispositivos, Alessander, de natureza constitucional, mas também de natureza legal, como os previstos na Lei de Diretrizes e Bases. A LDB reafirma os princípios constitucionais, portanto, não é apenas o legislador constituinte. O legislador de 1988 quis que a educação se guiasse por determinados parâmetros e princípios, ora postos em questionamento. Também o legislador ordinário — e a LDB é uma norma de 1996, portanto, oito anos se seguiram entre a CF e a LDB — reafirmou os princípios constitucionais que estão aqui sendo por nós discutidos.

Muito já se falou aqui sobre a questão do direito ao acesso. Isso, na minha opinião, são aspectos comuns e conformes, não só por nós pensados, mas também por várias decisões judiciais que têm se sucedido país a fora, algumas demonstradas aqui na parte da manhã, ratificando esse entendimento. E eu gostaria de pegar dois aspectos dessas discussões que, na minha opinião, merecem uma abordagem um pouco mais aprofundada.

Quero dizer para os senhores o que eu já tenho dito em outros lugares. Fundações de apoio, núcleo de não sei o quê, centro de estudo de não sei o quê mais, como outras nominatas que temos encontrado por aí, que, na verdade, atendem aos mesmos propósitos das fundações, não têm competência para exercer atividade de ensino. A atividade de ensino é uma atividade que merece uma delegação específica e própria do poder público e, salvo melhor juízo, a CF e a LDB fixam quem são as entidades destinatárias dessa delegação, que pode ser concedida pelo poder público, no caso das entidades de natureza privada.

E quando são públicas, são criadas pelo próprio ente público nacional, a União, ou pelos estados ou municípios. Portanto, certificações que partam, surjam de fundações, núcleos de pesquisa, núcleos disso ou núcleos daquilo, não têm qualquer validade legal do ponto de vista do nosso ordenamento jurídico, porque quem tem capacidade — e aí estamos falando de capacidade jurídica, de possibilidade jurídica — para certificar algo, seja nível de aperfeiçoamento, seja nível de mestrado, doutorado ou pós-doutorado, são instituições de ensino.

“As fundações de apoio, ora abrigadas na lei 8.958/94, não têm qualquer competência para realizar atividade de ensino propriamente dita. Isso representa um grosseiro desvio de finalidade”

Mesmo as fundações de apoio, ora abrigadas na lei 8.958/94, não têm qualquer competência para realizar atividade de ensino propriamente dita. Então, isso representa um grosseiro desvio de finalidade, para não dizer até mesmo um abuso de poder daqueles que estão atuando via essas entidades de anteparo para na verdade levar milhares de pessoas ao engodo. Porque esses papéis que são, desculpem-me a expressão, paridos aos finais desses cursos, não têm, salvo se a legislação mudou de alguns dias ou de algumas semanas para cá, qualquer validade jurídica do ponto de vista do que está previsto na nossa legislação.

É por este motivo, inclusive, que essas entidades valem-se das grifes — na verdade, é isso — das instituições de ensino, para expelir esses certificados. Agora, pergunto aos senhores: esses cursos são ministrados, são fornecidos pela própria instituição de ensino, isto é, por ela própria especificamente? Não são. Aqui na USP criou-se a figura da fundação de apoio para amparar o ato de se ministrar e se fornecer esse tipo de serviço à comunidade. Mas ele não é fornecido pela USP propriamente dita. No Ceará também não era assim. Pelo que eu pude acompanhar, em Pernambuco também não é assim. Na Universidade Federal Fluminense também não é assim. Na Universidade Federal do Rio de Janeiro também não é assim. Então, qual é a validade desses papéis que são emitidos por essas entidades, se elas não têm efetivamente atribuição para exercer aquele papel?

Ora, não sou especialista em direito penal, mas isso me parece grosseira fraude. Inclusive com outras incursões pelo Código Penal que eu, naturalmente, por não ser conhecedor do assunto, não vou me atrever a manifestar, mas o promotor Marcelo André, de manhã, nos deu uma rápida idéia do que poderá estar por trás disso. Então, parece-me que essa é uma questão que define um marco essencial. Essas instituições ou entidades não têm capacidade legal para ministrar esse tipo de atividade, porque não foram constituídas para tal. Não estão credenciadas com esse tipo de objetivo, não têm isso nos seus instrumentos de constituição e funcionamento. E, se não podem fazê-lo, por que fazem?

Então vamos admitir que aquele argumento canhestro do Conselho Nacional de Educação, com relação a essa dicotomia da pós-graduação, isto é, uma você pode cobrar e a outra você não pode cobrar — vamos admitir que isso seja verdade. Vamos admitir que eles estejam *pari passu* com a CF. Não é verdade, mas vamos admitir, para efeito de raciocínio. Ora, se esses cursos de especialização, de aperfeiçoamento, podem ser cobrados, podem ser pagos, e se eles só podem ser ministrados por instituições de

ensino, para que fundação para ministrar cursos? Na medida em que, inclusive, ela não tem capacidade, não tem possibilidade legal de fazê-lo? Por que as próprias instituições públicas — estou raciocinando aqui pelo exercício teratológico do MEC — não ministram esses cursos com a reversão completa dos recursos para os seus orçamentos, ao invés de criarem uma interposta pessoa de personalidade jurídica bastante estranha para que faça essa intermediação, capturando os resultados e repassando as migalhas para a instituição de ensino?

Então, estamos diante de situações que, salvo melhor compreensão, beiram o absurdo. Porque, primeiro, você tem entidades que não têm competência nem capacidade legal para realizar atividades e estão realizando essas atividades. Em segundo lugar, pergunto-me: qual o sentido de continuar mantendo fundações de apoio, ou qualquer nome assemelhado, se a própria instituição pode arrecadar os recursos?

Vamos admitir que o parecer do MEC seja o nosso divisor constitucional de águas. Vamos então discutir se é possível ou não estabelecer um regramento para que os professores também recebam dinheiro desses cursos ministrados diretamente pelas instituições de ensino públicas, e não as fundações, ou seja lá que nome tenham. Se o parecer do MEC é tão enaltecido hoje e serve de suporte para tanta gente que defende esse tipo de dicotomia que, na minha opinião, não existe, entre o que é curso de pós-graduação *lato e stricto sensu*, então já achamos a solução. Não precisamos mais de fundação de apoio para esse fim, podemos nós mesmos cuidarmos dessa atividade. Sem intermediários, não é verdade? Melhor! É o sistema capitalista se aperfeiçoando. Você não precisa do intermediário, vai direto ali à fonte e capta o recurso. Então, vejam os senhores o quanto de contra-senso, o quanto de interpretações absolutamente chocantes do ponto de vista do jurídico nós encontramos nesse bailado teratológico feito pelo Conselho Nacional de Educação.

Vejam bem o caso da USP. Com todo respeito à procuradora que representa aqui a CJ, a respeito dessas regras que existem na USP há alguns anos, essas regras estão inadequadas ao nosso ordenamento jurídico maior. Isto é, se elas existiram na década de 80, no início da década de 90 de uma determinada forma, na medida em que foram sendo vencidas por uma legislação posterior de âmbito nacional, cuja competência está na União em fixar seus parâmetros gerais, mesmo você admitindo a possibilidade de legislação concorrente, é obrigado a fixar-se nos parâmetros gerais, que estão previstos tanto na CF como na LDB. Se as regras da

USP se chocam com as regras mais gerais, obviamente a CJ deveria sugerir que aquelas fossem revogadas, para que a adequação se dê a esses termos da legislação.

Para finalizar a minha intervenção, quero dizer que esse parecer do MEC é bastante pitoresco. Ele começa assim: “assunto: regularidade da cobrança de taxas de cursos de pós-graduação *lato sensu* com base no artigo 90” da LDB. E o artigo 90 da LDB diz: “as questões suscitadas na transição entre o regime anterior e o que se institui nessa lei” — o regime anterior é a antiga LDB, obviamente — “serão resolvidas pelo Conselho Nacional de Educação ou mediante delegação deste pelos órgãos”. E eu pergunto: que situação de *vacatio legis* tínhamos entre a norma anterior e a norma atual, no que diz respeito à regulagem da matéria? Nenhuma! Então a base disso aqui é uma fraude. Desculpem-me a expressão, mas é pura fraude.

Eu não consigo entender que situação de vazio legal nós tínhamos, entre a regra primitiva da LDB — da Lei de 1964 com a Lei de Ensino Superior de 1968, a lei 5.540 — e essa regra atual, que fosse motivo para que o Conselho Nacional de Educação baixasse esse tipo de interpretação, então a professora Maria Sylvia estava muito correta: isso é manifestamente inconstitucional.

Estão, na verdade, enganando as pessoas, e algumas querendo se enganar. Há uma situação muito interessante, tenho impressão de que em Florianópolis, que era a seguinte. Estava acontecendo um curso, estava rendendo, tinha gente e assim por diante. Aí, lá pelas tantas, esse curso teve que parar. É uma coisa pitoresca. O curso teve que parar, não sei por que problema, mas acabou o curso. Dois, três anos de curso, e teve que parar. Aí um professor, que era o coordenador do curso, estava desesperadíssimo, porque ele tinha comprado um enorme terreno lá perto da universidade, num lugar aprazível, e estava construindo uma mansão de 700, 800 metros quadrados. Não com o salário da docência regular, mas com o que ele recebia daquele curso. E estava desesperado, tendo que hipotecar o terreno ou a obra, porque ele não podia continuar. Tinha vendido já tudo o que tinha e estava a ponto de ter que empenhar as próprias abotoaduras porque já não tinha mais recursos para custear a própria vida.

Acho que foi também em Florianópolis ou em Salvador que a gente viu uma faculdade em que se dividiu o salão com uma vidraça bacana e, do lado da vidraça, tinha ar-condicionado, tudo bonitinho. Da vidraça para lá, ficava a especialização. Tinha biblioteca, computador. E, da vidraça para

cá, ficavam a graduação e a pós-graduação regulares da universidade. No mesmo salão! Se isso não é estabelecer restrição ao acesso, e se isso não representa uma usurpação indevida de espaço público, sinceramente, acho melhor eu voltar aos bancos escolares para reaprender o pouco que eu aprendi de direito até os dias de hoje.

Por isso, estamos diante de uma situação absolutamente absurda sob todos os ângulos que se analise e eu espero sinceramente — embora não tenha tanta fé assim como o Marcelo, que é mais jovem do que eu e acredita que esse assunto se resolverá num curto período de tempo — que isso se resolva com o passar dos anos.

A situação que temos vai representar, a curto e médio prazos, o desmantelamento de um dos poucos sistemas que conseguimos manter e que resistiu a enfrentamentos dos mais variados, como, inclusive, o professor que preside os trabalhos estava relatando no início. E é certo que isso não vai contribuir em nada, em absolutamente nada, para o avanço da sociedade brasileira.

Primeira rodada de perguntas

• João Freitas (Sindicato dos Trabalhadores da Unesp)

Tive a impressão de que o parecer apresentado pela procuradora Ana Maria demonstra que não têm importância os cursos de pós-graduação, porque aparentam ser um privilégio de uma pequena parcela da sociedade, uma elite, e, por isso, se daria todo o aval à cobrança desses cursos. Isto me leva também a um outro parecer dos Estados Unidos e do Banco Mundial que diz que as instituições dos países pobres não necessitam de fazer pesquisa. Primeiro porque os países pobres não têm dinheiro, recursos para bancar as pesquisas nos seus países e porque também não há necessidade, uma vez que os países de primeiro mundo venderão a tecnologia aos países pobres.

• Professora Zélia Maria Alves-Biasolli (USP-Ribeirão Preto)

Sou da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP, do campus de Ribeirão Preto, e eu venho trabalhando desde 2002 na Comissão de Especialização, estudando os cursos da especialização da Pró-Reitoria de Pós-Graduação da USP. É nessa direção que eu gostaria de fazer algumas colocações.

Nós não podemos na verdade jogar fora, junto com a água do banho, o bebê, no seguinte sentido: a pós-graduação *stricto sensu*, que existe na USP e em outras instituições públicas do país, evolui sim de uma forma acentuada, e é responsável por um desenvolvimento muito grande no país. Agora, em muitas áreas, e isso precisa ficar bem claro, essa pós-graduação *stricto sensu* nasceu dentro da pós-graduação *lato sensu*, dentro dos cursos de especialização. Tanto isso é verdade que o CNPq e a Capes financiavam a pós-graduação *lato sensu*. Havia bolsa, havia recurso. E há uma coisa que ficou muito clara nessa Comissão de Especialização: em algumas áreas, de fato, a especialização tem uma função muito grande.

Vou insistir em mais um ponto, com relação à questão da chamada educação continuada. Sei que estou fugindo um tanto das questões de ordem legal, do jurídico, que é o tema de hoje, mas há uma preocupação muito grande, estou vindo da participação num congresso agora em que essa foi a tônica, “Universidade 2004 — a Universidade por um mundo melhor”. A tônica é que se possa sim pensar a formação do profissional e a continuidade dessa formação. Nós temos que encontrar formas, recursos e maneiras de dar continuidade à formação, porque não basta atribuir o título uma única vez. E eu gostaria de fazer mais duas colocações.

A primeira é com relação à questão dos cursos vinculados à Pró-Reitoria de Pós-Graduação. É só uma modificação naquilo que foi colocado. Na verdade, há cursos que estão em andamento e que são cobrados. O que aconteceu, em função das discussões, foi uma parada e a não aprovação de cursos novos de especialização. A especialização está sendo mantida também com outras características, porque estamos assimilando a residência médica e o chamado aprimoramento que, inclusive, são financiados pelo Estado e isso leva a um título de especialização.

E eu só gostaria de colocar também que não são as fundações que dão os certificados. Tudo isso vai chegar na Pró-Reitoria de Pós-Graduação, ou vai chegar à Pró-Reitoria de Cultura e Extensão. E a coisa é mais séria nesse sentido, porque esses são certificados que a universidade atribui, e não a fundação.

E só para dizer para o professor, que colocou a questão de que nós saímos de 40%, 50%, para 10%. Mas em 1964, professor, nós não tínhamos pós-graduação. A USP tem em torno de 30 mil alunos entre mestrado e doutorado. Talvez as nossas pós-graduações tenham sim se mantido durante muito tempo num mesmo patamar. Ficou a qualidade, mas não evoluímos no sentido do número de vagas. Isso não é mais verdade atualmente, e os *campi* do interior estão aí para dizer.

Ribeirão Preto tem atualmente quatro, cinco, seis graduações a mais, isso nos três últimos anos. Então, a graduação está evoluindo e a universidade assumiu formar mestres e doutores, uma continuidade numa outra direção, acho que tentando cumprir sim as suas missões dentro da questão do público.

Eu só acho um pouco, às vezes — talvez mania de psicólogo —, que, em alguns momentos, nós precisamos enxergar os problemas mas também aquilo que existe de extremamente positivo e toda uma construção que está sendo feita, sim, dentro da universidade pública.

Respostas e considerações finais

• Alessandro Sales

O Marcelo falou dessa mudança de orientação do MEC. Eu li a resposta do MPF, que deixava claro que os cursos devem ser “gratuitos, independentemente do sistema a que se vinculam, do nível de educação que ministram e esse entendimento tem sido acatado, reiteradamente, pela Secretaria de Educação Superior”. Reiteradamente, interpretei, significa há muito tempo, desde o regime da legislação anterior da LDB. Isso demonstra que, na verdade, não havia um vazio de legislação, nunca houve, tanto é que reiteradamente a Câmara de Educação Superior foi entendendo que na verdade os cursos deveriam ser gratuitos.

Este ponto foi enfatizado no ofício. Isso demonstra claramente primeiro a falsidade no motivo que determinou a expedição no novo entendimento, no parecer. E, depois, que esse novo entendimento foi forjado a partir dos questionamentos judiciais. Na verdade, foi um jeitinho brasileiro administrativo, um jeitinho que tentaram dar no âmbito da administração pública, mas que, com certeza, entendo, vai ser afastado pelo judiciário. Queria salientar este aspecto, isso ficou muito claro.

A professora que esteve aqui mencionou um congresso em que eu também estive presente, o “Congresso Universidade 2004”, realizado no mês passado em Havana, Cuba, e, realmente, foi enfatizada a importância da continuidade da formação do docente. No entanto, pelo que consegui apreender dos entendimentos que foram externados lá, sob uma perspectiva absolutamente contrária a esse tipo de expediente que está sendo utilizado.

Foi enfatizado que essa continuidade de formação tem que ser efetivamente garantida. No entanto, na solenidade de abertura, o representante de Unesco se referia à necessidade de a universidade democratizar as formas de acesso. O ponto principal do encontro em Cuba — e aí talvez eu possa até ter compreendido de forma equivocada, talvez o meu espanhol não seja tão bom — era a democratização do acesso ao ensino universitário, ou seja, como o ensino universitário poderia se tornar cada vez mais democrático e cada vez mais acessível. Então eu queria também aqui fazer esse registro, que me parece que a tendência é outra.

Para se ter uma idéia, no Ceará, as universidades estaduais cobram taxa de matrícula e mensalidade dos alunos de graduação, através de uma lei estadual, que estamos agora também afastando no judiciário. Já conseguimos inclusive decisão de mérito afastando. Então eu até disse lá,

naquele momento, e eu vou terminar dizendo isso para que fique bem clara a posição do MPF: que, dentro de uma realidade mundial, talvez o mais adequado fosse esse sistema. Talvez este seja um modelo mais adequado, inclusive o mundialmente utilizado, e que foi colocado lá pelos diretores das instituições públicas, pelos gestores. E talvez o MPF esteja atuando na contramão dessa evolução.

No entanto, é difícil para o MPF ter a missão de manter a integridade do texto constitucional e se deparar com esse tipo de argumentação. Era uma argumentação muito fácil de responder. Talvez seja esse o caminho, mas, no Brasil, só pode esse caminho ser trilhado após a mudança da CF. A CF é muito clara, então nós podemos até fazer esta opção política, podemos. Mas isso exige uma reformulação no plano constitucional. Isto não pode ser feito no âmbito infra-legal, nas resoluções, nas portarias, nos comunicados... Não é possível fazer isso através de atos administrativos.

Essa diferença entre pós-graduação *stricto sensu* e pós-graduação *lato sensu* a CF não fez, para dizer que uma é ensino e a outra não é. A lei, a LDB, poderia ter feito. Se fizesse, essa determinação legal seria de constitucionalidade duvidosa. Mas a LDB, no artigo 44, diz claramente: “a educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: de pós-graduação compreendendo os programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros abertos a todos”. E os atos infra-legais — as resoluções, as portarias, os atos administrativos — estão fazendo a diferença, os pareceres, a partir de uma interpretação constitucional forçada, absolutamente forçada.

Finalizando, “para quê as fundações nas universidades?”, o Marcelo questionou. Se é possível fazer, para quê as instituições privadas? Nós nos fizemos essa pergunta no Ceará. Para quê esse aparato privado de apoio gerenciando esses recursos, mantendo uma vinculação direta com o professor? Porque, se as universidades fizerem por suas próprias forças, irão arrecadar recursos consideráveis. Mas, uma vez arrecadados esses recursos, a finalidade ou a sua aplicação tem que ser pública. A finalidade é pública na aplicação. O que ingressar, vai ingressar como receita de uma instituição pública, que deve ter uma aplicação para satisfazer uma finalidade pública.

Talvez seja por isso que as instituições privadas existem. Para não permitir que o que é arrecadado tenha uma destinação referente a uma finalidade pública, mas que, na verdade, se traduza na apropriação privada, para finalidades privadas de recursos públicos. E a universidade entra com o logotipo no certificado e entra com toda a estrutura física, às vezes ad-

ministrativa também, que é paga por todos, através das receitas tributárias. Então, é preciso fazer uma reflexão bem profunda sobre essa desigualdade, que está sendo gerada.

Quero finalmente agradecer o convite da Adusp e mais uma vez me colocar à disposição, inclusive para informar as conseqüências do questionamento judicial que foi feito no Ceará, porque acredito que isso possa gerar desdobramentos e possa, quem sabe, ensejar um pronunciamento final, da mais alta corte de Justiça do País, sobre a correta interpretação do texto constitucional.

• Marcelo Chalreo

Mencionei aqui que esses certificados são emitidos por essas fundações, e, na verdade, são sim. Porque as universidades entram aí com a grife, com o logotipo lá da instituição e assim por diante. Na prática, quem gera, administra etc., são as fundações. Então, se você for fazer a análise realmente detalhada disso, quem está emitindo certificado de aperfeiçoamento ou de capacitação, ou algo do gênero, de especialização, são, na verdade, essas próprias fundações.

Não vou dizer que ponho à prova, mas quero crer, por todos os exemplos que me chegaram, que esses cursos de aperfeiçoamento e especialização, todos, sem exceção, não passam pelos controles acadêmicos regulares de nenhuma instituição, o que acontece no caso da graduação, da pós-graduação *stricto sensu*, e assim por diante. Portanto, esses documentos, na verdade, não são documentos expedidos pelas instituições de ensino, que têm competência para fazê-lo.

Utiliza-se de uma estrutura, de uma grife, de um aparato, para dizer que aquilo está sendo emitido pela USP, pela UFRJ, pela UFCE e assim por diante. Mas, a bem da verdade, não são documentos que revelam efetivamente que aquilo tenha sido produto de um processo de desenvolvimento regular daquela instituição, daquela academia. Este é o primeiro ponto. O segundo é o fato de que, como disse o Alessandro, não há nenhuma necessidade de continuar existindo essa interface entre os que estão lá fora e a academia, tendo em vista que o próprio MEC desobrigou a necessidade dessa intermediação.

Só para concluir, eu queria lembrar o seguinte. As pessoas dizem que isso precisa ser cobrado porque o governo não financia mais o aperfeiçoamento, a especialização. Bem, antigamente a gente entendia a formação na pós-graduação como uma verdadeira escadinha. Eu era de uma instituição em que o cidadão fazia a graduação, depois fazia especialização, depois fazia o mestrado, depois doutorado, depois o pós-doutorado, e a gente cos-

tumava até brincar que tinha professor que passava a vida inteira estudando lá com a gente. E isso não faz muitos anos.

Se houve num determinado momento, por alguma razão qualquer, uma desobrigação pública com o financiamento do aperfeiçoamento e da especialização, isso não é motivo para que a gente torça a história e procure um outro financiamento para isso, que continua sendo obrigação do Estado, salvo se mudarem a lei. E quero dizer mais. Em algumas áreas da ciência, a especialização atende muito mais às necessidades profissionais dos que se graduam do que o mestrado. Isso acontece porque há determinadas situações específicas em que o profissional precisa estar sendo constantemente reciclado, melhorado, interagindo com a academia para melhor aprender e compreender o processo de evolução do saber, do conhecimento e assim por diante.

Então, esse argumento, de que se passa a cobrar pelo fato de ter deixado de haver o financiamento, é um argumento similar ao que produziu o resultado que vemos na saúde pública brasileira. À medida que houve um desinvestimento paulatino na saúde pública brasileira, toda uma parcela significativa da população passou a buscar mecanismos de proteção outros. Primeiro a elite, depois a classe média, comprando planos de saúde, para poder fazer face às suas necessidades elementares de saúde. Hoje, encontramos uma situação em que nem mesmo a classe média consegue pagar os seus planos de saúde.

Então, esse é o risco. Caminhamos paulatinamente e, se essa política não for invertida, daqui a pouco será uma enorme massa que não poderá ter acesso qualquer às instituições públicas de ensino, esse imenso patrimônio construído com o sacrifício de milhões e milhões de brasileiros. Isso por força de uma visão enviesada, torta, e de apropriação do patrimônio público, como já denunciava o falecido Raimundo Faoro na sua obra, que tem mais de 40, 50 anos.

Essa discussão, a sociedade tem que empreender extramuros da academia, inclusive para compreender o real papel das instituições públicas de ensino, pesquisa e extensão na realidade do nosso país.

• Ana Maria da Cruz

Em relação à indagação do colega da Unesp, eu, em momento nenhum, coloquei que o curso de extensão não tem importância. O que eu coloquei é que, na graduação e na pós-graduação, foi atendido o fim da universidade, que é ministrar educação, que é a educação regular, o ensino regular.

Quero insistir que o texto constitucional não é absoluto, ele tem espaço de interpretação. O artigo 206, obviamente, se for lido destacado de outros artigos constitucionais, pode gerar uma interpretação literal do texto. Mas, seja numa construção histórica das constituições brasileiras, seja na leitura conjugada dos dispositivos que tratam da educação na Constituição Federal, pode sim ser feita essa distinção entre ensino de graduação e ensino de pós-graduação *stricto sensu*.

Eu quero levantar que a LDB, no artigo 44, coloca “cursos seqüenciais de graduação, de pós-graduação e de extensão”. Então, os cursos de extensão estão sendo colocados num inciso separado do artigo 44. Eu concordo com a professora que fez a preleção aqui, dizendo que, realmente, muitos cursos de extensão poderão, depois, tornarem-se graduação *stricto sensu*. É obrigação da universidade o controle, a fiscalização desses cursos, inclusive para, em termos acadêmicos, bem sentir o momento e se aquele curso tem que sair da área da extensão para entrar numa área de formação da pós-graduação *stricto sensu*. Isso é um acompanhamento acadêmico da universidade que deve ser inafastadamente feito.

Por outro lado, as resoluções que foram baixadas pela universidade, organizando toda essa questão das atividades eventuais, dando limite de horas, dando limite de pagamento em cursos de extensão, foram baixadas depois da Constituição Federal de 1988 e todas elas estão bem ajustadas ao texto constitucional. Por este motivo, a CJ nunca precisou pedir a revogação dessas resoluções, porque elas estão conformes com a CF.

Tema: “Controle e Fiscalização”

Marlon Weichert - Procurador da República (SP)

Floriano de Azevedo Marques Neto – Professor de
Direito Público da Faculdade de Direito da USP

Exposições

• Marlon Weichert

Quero puxar um gancho da mesa anterior, não repetir o que ela já discutiu, mas dizer que o MPF, acima de tudo, tem que trabalhar como o Alessandro comentou, restrito ao que diz o ordenamento jurídico. E o ordenamento jurídico nacional, a começar pela Constituição e passando pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, é bastante claro, bastante cristalino no sentido de pregar, de pugnar a gratuidade nas instituições públicas de ensino em qualquer nível que seja. Existem somente algumas exceções pontuais, que foram ditas pela própria CF, como universidades municipais que já existiam antes de 1988, que já cobravam, e foi aceito como uma norma de exceção que se pudesse continuar com essa cobrança.

Neste ponto começa a surgir a criatividade humana, que eu acho bem interessante para buscar soluções para problemas concretos. A gente não pode minimizar o problema concreto da falta de financiamento da universidade pública. É até legítimo que ela procure caminhos alternativos de financiamento. O problema é que essa criatividade, muitas vezes, acaba tentando mudar o rótulo ou dissimular algumas situações que não encontram, na sua essência, respaldo na legislação. E hoje, em especial, eu comecei a perceber uma expressão que foi utilizada aqui no debate, de dizer que graduação e pós-graduação *stricto sensu* são ensinos regulares.

Então, eu pensei: a especialização virou um curso irregular. Por isso, temos um problema que se coloca previamente, que é tentar retornar esses cursos à regularidade, para as outras atividades de ensino que a universidade desenvolve. Na verdade, eu tento fazer aqui um trocadilho para mostrar que esse argumento não convence.

Não convence porque ou é ensino ou não é ensino. Não é o adjetivo ao ensino que vai mudar a natureza jurídica do que é a atividade de ensino. A dicotomia que vai ter que existir, que nem é dicotomia, já é uma divisão

por três, é aquela que a CF coloca: ensino, pesquisa e extensão. É aqui que a gente tem que tentar classificar as nossas atuações, ou melhor, a atuação da academia, a atuação da universidade. Ou seja, o foco da discussão é tentar entender se é pesquisa, extensão ou ensino. De pesquisa, me parece, notoriamente, que não se trata. Extensão, tampouco parece, porque a extensão, como já foi bem dito aqui, é aquela atividade em que a universidade se abre para a sociedade, com programas ou políticas que visam aplicar à sociedade ou permitir à sociedade que usufrua o conhecimento que está sendo desenvolvido na universidade.

Curso de especialização é transmissão de um conhecimento, é a formação, é uma etapa de ensino após a graduação que visa não a formar especificamente mestres ou doutores, mas, sim, gerar um conhecimento agregado ao exercício profissional na maior parte das vezes. Qualquer tentativa de des-

classificar isso é diversionismo. Eu observo, por exemplo, que lá na Unifesp, onde nós tivemos uma atuação em cima disso, a matéria está submetida hoje em dia à Pró-Reitoria de Extensão, e não de Pós-Graduação.

Não é a mudança de atribuição administrativa de cuidar do assunto para o nome A ou B que vai modificar a natureza jurídica do que está sendo executado. Então, deve ser afastada essa tentativa de mascarar. Surge daí aquela série de questões sobre usurpação do nome público, utilização do nome público.

Existe um aspecto que eu costumo ressaltar quando nós falamos so-

bre isso. Se essas instituições de apoio detêm tanta capacidade para fazer cursos de especialização, que vão, elas mesmas, ao MEC, e se registrem como cursos de pós-graduação autônomos. Entrem com seu processo, constituam uma instituição de ensino superior e ministrem seus cursos com o seu próprio nome. Agora, é o melhor dos mundos, a meu ver, do ponto de vista da praticidade, e talvez até da eficiência, mas, no contraponto da moralidade, é um absurdo, o fato de se utilizar uma marca vitoriosa. Eu não preciso me submeter a nenhum controle, eu não preciso passar sequer por requisitos burocráticos, e, além disso, eu usufruo toda

“É o melhor dos mundos, mas no contraponto da moralidade é um absurdo: eu utilizo uma marca vitoriosa, não preciso me submeter a nenhum controle, e além disso usufruo toda a vantagem pecuniária”

a vantagem pecuniária que esses outros atributos iniciais, que essas outras características iniciais me permitem.

É o melhor dos mundos. Daqui a pouco, vou começar também a dizer “sou professor da universidade tal”, sem nenhum vínculo, sem nenhuma responsabilidade com essa universidade, desde que seja uma universidade famosa, porque, se eu tiver que construir o meu próprio nome, angariar o meu próprio espaço, eu vou ter uma dificuldade, no campo mercadológico, muito grande. Então, ainda que superada a questão jurídica, eu vejo a questão formal, de procurar dar uma outra definição legal, por exemplo, uma alteração legislativa na LDB que venha a dizer “especialização não é mais ensino”, é alguma outra atividade, “é extensão”, “é criação”, “é magia”.

Ou seja, uma mudança na parte normativa não vai superar o problema moral, o problema de probidade administrativa, que envolve o uso da marca pública com finalidades privadas, por grupos restritos privados. E isso foi um aprendizado que eu tive participando, lá na Reitoria, daquele Grupo sobre fundações. Um dia eu percebi que a platéia era de vários institutos, professores de várias áreas, e a gente conseguia ver, até pelo alinhamento quase que geográfico, eu diria quase como o dos planetas, aquelas áreas do ensino que ganhavam, que tinham um valor de mercado para poder oferecer o curso de especialização, e aquelas outras áreas de formação do conhecimento que não têm valor de mercado, não têm demanda de mercado privado para ganhar dinheiro e, de certo modo, quase que se alinhavam então com composições e perguntas num sentido ou no outro.

Questiono se é interessante para o conceito global da universidade que você comece a privilegiar determinados segmentos que têm condições de fazer rendimentos extras com o uso privado do nome em detrimento das demais áreas. Eu vou, então, acabar provocando uma distorção no foco da universidade. Quero, com isso, dizer que não é apenas a questão da probidade ou a questão da moralidade que estão envolvidos, mas, num terceiro passo, a própria questão do que diz respeito ao conceito, à essência do que caracteriza uma universidade. Eu vou começar a criar grupos, começar a criar aquela área da universidade que é lucrativa, em contraponto àquela área que não o é. É uma preocupação que eu vejo também, a longo prazo, se superadas as duas questões preliminares.

Pois bem, também pouco importa, a nosso ver, o nome que se dê: fundação de apoio, associação de incentivo, grupo de amigos, seja lá o que for. O que tem que ficar muito claro é que nós não somos contra nenhum desses grupos, desde que eles sejam efetivamente de apoio, de incentivo ou de amizade. O vetor é do privado para o público. O que, inclusive, é como

costuma estar no estatuto, no contrato social dessas instituições. O que falta é cumprir, talvez, esses estatutos.

Com relação à questão do controle e da fiscalização, que é o nosso tema mais próximo, o sistema normativo prevê, basicamente, na área pública, dois sistemas de controle, as formas de controle interno e de controle externo. O primeiro controle interno que deveria funcionar é o da própria instituição pública. Quando eu falo aqui de uma universidade, via de regra, estou falando de uma autarquia, que deveria ter o seu sistema de controle interno. Pode ser sua corregedoria, pode ser outra denominação que se dê conforme o estatuto ou conforme o regimento dessa instituição. É o órgão que tem esse papel de levantar, apontar e orientar com relação a eventuais desvios patrimoniais ou, até mesmo, desvios de finalidade e descumprimento de princípios normativos que envolvam a atuação da instituição.

Ainda no campo do controle interno, nós temos também aquele controle que deve ser efetuado na área federal que é o controle feito pela Controladoria Geral da União. O Estado de São Paulo tinha, eu não sei se ainda tem, uma secretaria que exercia papel semelhante. Na área federal, a Controladoria exerce, ainda dentro do conceito da administração, uma supervisão inclusive sobre os atos da autarquia, e tem a finalidade de fazer esse controle e, se motivada, a possibilidade de firmar uma posição sobre aquele cenário.

Evidentemente, os controles internos, embora normalmente bem estruturados e muito ágeis, estão, na outra ponta, mais sujeitos a pressões de cunho político. Isso acontece porque são cargos, são estruturas que, muitas vezes, não gozam de autonomia e estão numa situação de direta influenciabilidade pelo chefe de governo que esteja de plantão naquele mandato.

A parte de controle externo são áreas que gozam, no estatuto constitucional, de autonomia para tomar as suas decisões. Basicamente, nós conhecemos o Tribunal de Contas da União e o MPF, que podemos apontar como os dois principais órgãos do controle externo. Com efeito, a CF de 1988 alargou bastante a atribuição das duas instituições. O TCU, não limitado apenas à questão da aplicação patrimonial de recursos, mas também ligado à questão do desvio de finalidade, à questão do cumprimento de princípios constitucionais, é ou pode ser — e aí também depende de alguns vieses políticos — um importante protagonista na área do controle externo.

O MPF se vale, muitas vezes, de trabalhos conjuntos com o TCU. No caso da Unifesp, o TCU fez um trabalho a pedido do MPF e não há uma vinculação de entendimento. É comum, inclusive, que se aproveite o trabalho do grupo técnico mas, na hora da decisão final, a corte de contas tome

uma decisão num sentido e o MPF, eventualmente aproveitando aqueles mesmos dados, entenda de uma forma distinta e faça um uso às vezes até antagônico daquele material.

A corte de contas goza de autonomia, ela não está submetida a nenhuma ingerência do poder executivo, exceto naquele momento de nomeação dos seus conselheiros ou dos seus ministros, o que já gera alguma perturbação e, eventualmente, alguma dificuldade nesse processo de tomada de decisão. O MPF, por sua vez, é instituição também que goza de bastante autonomia, inclusive seus membros gozam da independência funcional, ou seja, eu tenho o direito inclusive de pensar e propor medidas diferentemente do que pensa o Procurador da República, que é o chefe da instituição, embora, afinal, isso possa ser sujeito a uma revisão por órgãos coletivos, não mais apenas pelo pensamento do Procurador da República. E existem órgãos coletivos que tentam fixar entendimento.

Por exemplo, nessa questão da universidade, há colegas que pensam de forma diferente da forma que eu e o Alessandro pensamos. Há colegas que firmaram termos de ajustes de conduta, ou que estavam em vias de firmar, enfrentando a segunda questão que eu falei, que é a da moralidade e da probidade, mas aceitando, em tese, na linha do que a CJ colocou aqui, a possibilidade de cobrança. Essa decisão deles será submetida ao crivo de um órgão coletivo, normalmente de três sub-procuradores-gerais da República, que vão dizer se quem tem razão é o Alessandro e o Marlon ou se é esse colega que pensa de uma forma diferente. E, quando nós propomos uma ação, como é o caso do Alessandro, é o judiciário que vai dar a última palavra, que vai fazer esse controle. Essas são as formas públicas de controle interno e controle externo.

Percebo, e isso não apenas na área de educação, que a sociedade brasileira ainda se vale, talvez demasiadamente, dessas instituições que fariam o papel de tutor da sociedade na discussão e no questionamento de problemas ligados à área patrimonial, à área da administração pública, à área da moralidade. Na verdade, o ordenamento jurídico brasileiro permite, prevê e incentiva que a própria sociedade civil se organize e venha inclusive demandar judicialmente essas mesmas teses, esses mesmos entendimentos que o MP eventualmente vem demandar. Digo especialmente da lei de ação civil pública, que já é de 1985, mas com alterações pós-1988 que a tornaram em sintonia com esse campo, tirando o aspecto patrimonial, pois é muito difícil para uma associação conseguir fazer as provas de eventuais problemas de desvio de recurso. Nesse campo, o TCU e o MPF têm o ferramental jurí-

dico que lhes permite entrar nesses casos e fazer o levantamento de dados que desejar, e a associação não tem essa mesma possibilidade.

Mas, com relação a questões de ordem inclusive jurídica, que envolvem interesses chamados difusos ou coletivos, a sociedade e associações que sejam contituídas há mais de um ano e que tenham dentro de suas finalidades justamente atuar na defesa desses interesses gozam de toda legitimidade para poder levar ao conhecimento do judiciário essas questões. A cidadania brasileira precisa avançar, ela precisa fugir da busca de tutela de um órgão público e procurar a sua independência de atuação.

É muito comum nós recebermos ONGs e associações que batem ao MPF, perguntando: “Vocês podem tratar desta ação?”, e a gente fala: “Por que vocês não entram com a ação? Vocês entram e nós seremos o que nós chamamos de ‘fiscais da lei’. Nós vamos intervir no processo, não será feito nada sem que o MPF acompanhe, porque é obrigatório”. A lei diz que, quando o MPF não propõe, ele tem o dever de acompanhar. Inclusive, se a associação — isso às vezes acontece, porque muda a diretoria, muda o entendimento — abandonar aquela ação, aí caberá ao MP, se ele se convencer do acerto da tese, o dever de continuar com aquela medida judicial até final êxito, se houver êxito, evidentemente.

A Adusp não precisa do MP para agir. O Andes não depende necessariamente do MPF ou do TCU para tomar uma atitude. Eu não conheço seus estatutos sociais, mas imagino que eles talvez dêem abrangência para esse tipo de atuação, se não, é uma questão de modificar o estatuto social e aí vencer o prazo ou convencer o juiz de que não dá para esperar esse prazo de um ano. Pois as instituições são sérias, e não haveria juiz que não dissesse que são instituições sérias, dada a própria relevância de outros trabalhos e outras participações em momentos nacionais importantes, para que possam demandar nesse sentido.

Muitas vezes, a gente ouve: “Puxa, mas a gente levou ao MP e ele não fez nada, não encaminhou como gostaríamos”. Isso se deve, muitas vezes, em função da independência funcional, a questões de prioridades. Outras vezes porque o procurador não foi trabalhar ou o promotor é desidioso, isso pode acontecer.

Todavia, além de seguir os caminhos de reclamar do MP, nos órgãos próprios da instituição, não há necessidade de ficar apenas nesse aguardo. Pegue aquela questão, pois ela pode estar madura, e leve já a juízo, e leve adiante a ação. Isso é importante.

Vejam outras formas de controle. A nossa tradicional e clássica ação popular continua, mais voltada a desvios da área patrimonial, mas qualquer

cidadão tem legitimidade, ou seja, pode entrar em juízo com uma ação popular discutindo questões relacionadas a aspectos patrimoniais e, inclusive, a aspectos de moralidade administrativa.

Existe também, e por quê não, a Curadoria de Fundações. Quando o órgão de apoio se constitui na forma de uma fundação, o MP do Estado exerce o papel de curador da fundação. Ele não é um médico da fundação, ele não cura a fundação de seus males, mas ele deveria, como diz a lei, velar pelo cumprimento do estatuto social daquela fundação. O Código Civil fala em velar, isso é muito interessante, porque logo nos dá aquela idéia de que é acender a vela no velório, porque o que fica lá é apenas contemplando, como diria aquele jurista famoso, Januário de Oliveira, o corpo estendido no chão. Então, o Código Civil diz que velará pelas fundações o MP.

Sabemos aqui, e isso não é uma crítica institucional, na verdade é uma constatação, que as curadorias de fundações não são prioridades dentro dos Ministérios Públicos. Via de regra, o MP tem um ou dois curadores para cuidar de todas as fundações privadas, por exemplo, na capital de São Paulo. É absolutamente impossível, humanamente impossível. O curador de fundações passa o dia rubricando alterações de estatutos sociais. É basicamente isso o que ele faz, por uma impossibilidade, inclusive, material.

Eu quis apenas acenar de forma bem ligeira caminhos que podem ser pensados para a promoção daquilo que as entidades entendem ser a correção dos rumos equivocados, no que diz respeito à cobrança de cursos de especialização, sem entrar tanto no mérito do que acontece na essência nesse campo. E fico à disposição para eventuais questionamentos.

• **Flóriano de Azevedo Marques Neto**

Eu havia preparado, em função do tema, uma intervenção, digamos assim, mais didática, mais panorâmica, do controle das fundações aplicado às fundações de apoio, mas eu vou deixar de lado isso por dois motivos. Primeiro, porque vejo aqui que, no público, temos pessoas que entendem mais do assunto do que eu e, segundo, porque o Procurador da República fez uma abordagem que me deixou quase na condição daquele que pega uma cartela de joguinho de batalha naval usada. Não tenho muito mais o que abordar, do ponto de vista da exposição que ele fez sobre o controle.

Vou voltar a alguns aspectos particulares em que eu acho importante colocar minha posição e penso que, eventualmente, eu tenha algo de diferente ou de novo para agregar. Mas, antes, eu queria, na medida que me parece que aqui o intuito é muito mais o debate do que uma exposição de

doutrina, colocar algumas questões para esse debate, para essa reflexão, questões postas pelo ângulo de um professor da universidade que, como vocês sabem, pertence ao mundo que se quer à parte, o mundo da Faculdade de Direito (FD), que é um mundo muito próprio, com suas idiossincrasias, para o bem ou para o mal, uma realidade bastante particular.

Primeiramente, até onde eu sei, na minha unidade — sou membro da Comissão de Cultura e Extensão da FD — os cursos que não são de graduação e de pós-graduação, ou seja, os cursos de especialização, são alocados dentro da Comissão de Extensão. E aí eu vejo uma questão, para o direito, o mundo da FD, que certamente difere da matemática, biologia etc., uma identidade muito significativa dessa alocação dos cursos de extensão, que não deixam de ser ensino, mas estão na extensão, porque, no mundo do direito, há uma demanda da sociedade.

Quando eu digo de sociedade, são os advogados, são os membros de carreiras jurídicas mais simples, o advogado público do interior ou o sujeito que quer uma reciclagem, e que demanda algo que, para mim, é extensão. Algo que é, por exemplo, dispor de um conhecimento que existe na universidade, que é tocado pela universidade, que é importante de ser espraçado no que tange a uma mudança do Código Civil. Ou um movimento de mulheres que quer ter a possibilidade de obter algum conhecimento, que não deixa de ser ensino, sobre a mudança do papel da mulher à luz das mudanças na legislação, ou no Código Civil, ou da Constituição de 1988.

Então existe aí uma difícil alocação dos cursos de extensão no mundo do direito, exclusivamente como ensino. Por quê? Porque há uma identidade dessa atividade de cursos extracurriculares, de cursos de extensão, de educação continuada, numa lógica que, para mim, foi colocada naquele tripé clássico da universidade como extensão. E aí se coloca um risco, para o mundo do direito, que eu queria compartilhar com vocês. Não ter espaço para, de alguma forma, ainda que com modicidade, remunerar ou solicitar remuneração ou viabilizar que esses cursos de educação continuada sejam de alguma forma remunerados, significa absolutamente renunciar ao papel da universidade nesse vetor.

O mercado de cursos de direito privados é aquecidíssimo. Sou convidado por três, quatro, cinco cursos por semana para dar aula, e muito bem remunerado. Eu dou, às vezes, aulas em cursos que me pagam 30%, 40% do que eu ganho na USP pelas minhas atividades todas.

A Comissão de Extensão da FD tem uma característica peculiar. Ela é constituída só por jovens doutores. Estamos fazendo um esforço danado para

conseguir que haja uma difusão maior de cursos, que não são cursos voltados apenas para os interesses de mercado, mas que façam um “mix” de oferecer algum conhecimento para aquele profissional, para aquele cidadão, para aquele indivíduo que não tem nem estofo, nem tempo, nem condições de fazer uma pós-graduação, mas tem necessidade de se aperfeiçoar e se atualizar.

Neste ponto, a remuneração se coloca como algo importante. Talvez não para remunerar o professor — eu, pessoalmente, já disse que não faço questão de receber pelas aulas que vier a dar —, mas para remunerar um professor que você traz de fora, ou para pagar uma passagem, ou para viabilizar algum tipo de atividade.

Então, eu só exponho o risco de se ter um entendimento de que a universidade não pode ter algum tipo de retribuição, de cobrança por cursos de extensão que, ao meu ver, no mundo do direito, se colocam bem situados na extensão. E, no mundo do direito, esta posição significa não fazer os cursos. Não estou dizendo isso apenas para angariar recursos, que seriam bem-vindos, de parte desse mercado de cursos privados e gerariam alguma receita para reformar a minha unidade, para consertar cadeira. Quiçá um dia a gente possa ter condições melhores na faculdade, que é um prédio histórico, bonito, mas que tem os seus problemas.

O segundo ponto que eu queria ponderar é o problema daquilo que eu considero o maior elo da contaminação entre fundações constituídas como fundações privadas e universidade. É a questão do uso da marca. Porque a marca é o elo que corta verticalmente todas as fundações de apoio. Pois há algumas, que não precisam de prédio da universidade, que não precisam eventualmente de funcionários, que preenchem todos os requisitos, mas a marca está em todas. E aí a reflexão que eu faço é a seguinte: não dá para a gente imaginar que a marca pública não vai ser ou não é de alguma forma apropriada pelos agentes públicos.

Falo isso com a maior franqueza. Eu ganho mais-valia pela marca USP. Eu, pessoa física. Quando eu sou instado, contratado, solicitado para dar um parecer jurídico, eu o sou como professor da USP. Às vezes não cobro, mas é claro que me pedem porque eu sou professor da USP. Se eu fosse um mero advogado, mesmo se eu tivesse o mesmo conhecimento, eu não teria a mesma demanda. E tenho todo o direito de usar, porque é um fato o de ser professor da USP. Então, a marca sempre foi apropriada de alguma forma. A questão é como a instituição pública pode obter algo, alguma retribuição pelo uso dessa marca e pela apropriação que, em alguma medida, são executadas por um indivíduo num interesse privado.

Eu não tenho regime de dedicação exclusiva com a universidade. Meu regime de trabalho permite que eu trabalhe no meu escritório, e é óbvio que a advocacia é bem vitaminada, na medida em que eu sou um professor de uma das universidades mais conceituadas. O fato de ela ser apropriada pela pessoa física ou por uma entidade é algo que tem que ser discutido. Portanto, a questão da marca merece uma disciplina muito rigorosa que garanta, inclusive, que essa apropriação não seja feita exclusivamente no interesse individual privado do professor ou eventualmente da instituição.

Todavia, não temos que dizer que isso vá levar ao expurgo dessas instituições. Por quê? Porque, se você pensar, e falo isso com muita clareza, que a solução é, então, que essas fundações se desvinculem finalmente da USP, elas vão buscar no MEC o seu registro e vão disputar o mercado. Tenho

dúvida de que elas não se viabilizem, pelo simples fato de serem formadas só por professores da USP.

“Tem cursos privados de direito que anunciam que são cursos destacados porque seu quadro docente é de professores da USP. Picaretagem maior do que você ter uma fundação constituída só e exclusivamente por professores da USP”

Tem cursos privados de direito que anunciam, às vezes até desonestamente, que são cursos destacados porque o seu quadro de docentes é de professores da USP. Eu acho uma picaretagem maior do que você ter uma instituição, uma fundação constituída só e exclusivamente por professores da USP.

Então, quanto a essa solução de “vá, se desligue da universidade e veja se você vai ter viabilidade no mercado”, o meu medo é que tenha viabilidade no mercado, porque não dá para esquecer um fato: que os professores são professores da USP e vão buscar seu vil metal

e, então, perde-se a chance da universidade se apropriar de parte dessa riqueza, parte dessa mais-valia.

Não vejo um problema de amoralidade, de imoralidade nisso. Eu vejo um problema de uma circunstância. Por exemplo, não é o caso do Marlon, mas é uma coisa que eu vejo volta e meia. Cursos preparatórios para concursos públicos cujo destaque é “fulano de tal, procurador da República; beltrano, MP; sicrano, juiz do Tribunal de Alçada”. É a mesma coisa. Ele está lá e o curso está se apropriando do fato de o sujeito ser uma

pessoa de uma carreira pública, e isso dá *status* para o cursinho preparatório. Existem alguns que falam “só professores do MPF” ou “só membros da magistratura”. Eu não acho que aí exista uma imoralidade intrínseca ou uma improbidade intrínseca. Todavia, eu fui formado, pós-formado e ganho a minha vida em muito pelo conhecimento e pelos títulos que eu angariei na universidade pública, e acho, francamente, que tenho que ser, de alguma forma, instado a retornar isso.

No mundo do direito, o problema não é ter uma fundação de apoio. É não conseguir viabilizá-la. Por quê? Porque todos os professores que não têm a dedicação exclusiva ganham a sua paga sem precisar de uma fundação. E eu tenho, no mundo do curso de extensão particularmente, trabalhado na comissão, junto com o presidente da comissão, para trazer parte disso para dentro da faculdade.

Feito esse preâmbulo, eu gostaria, depois de debater esses pontos, de falar algo sobre o controle, para não dizer que eu não falei do que me foi solicitado. O Marlon colocou, absolutamente com clareza, os regimes de controle.

O problema das fundações de apoio é que, do ponto de vista jurídico, *fundação de apoio* não diz muito. Não existe uma categoria jurídico-positiva *fundações de apoio*. Existe a categoria *fundações*. E, dentro do gênero fundações, existem regimes jurídicos muito diferentes. O direito público, o direito administrativo, ele tem um itinerário de sempre correr atrás das mudanças da realidade da relação estado-sociedade.

Então, criou-se a autarquia, no final da primeira metade do século passado, depois criaram-se as sociedades de economia mista, depois as empresas públicas. E o direito público, concomitantemente, apropriou-se do gênero fundação. Então, existem dois tipos de fundação: as privadas e as públicas. O problema é que existe uma zona de sombra de instituições que são originalmente até constituídas como instituições privadas que passam, pela realidade da sua atividade ou da sua gestão, a assumir o caráter de fundação pública, ainda que não tenham sido originalmente constituídas como tal.

Há fundações de apoio, e eu não vou cometer a indelicadeza de nomeá-las, na USP, que são fundações públicas, enquanto outras são meras autarquias com aparência de fundação, e há outras ainda que são fundações privadas e que preenchem todos os requisitos de não-contaminação pelo regime de direito público.

Para ficar em dois mecanismos de controle, lembremos, o Marlon colocou o controle interno, que existe para todos os órgãos integrantes da administração pública, portanto, também para as fundações públicas, e

depois os mecanismos de controle difuso: a ação popular, a representação, os órgãos de controle, as controladorias como órgãos de controle externo. Mas dois nichos de controle são os principais. Um é o Ministério Público e outro o Tribunal de Contas.

O MP é interessante porque controla quer sejam fundações públicas, quer sejam fundações privadas. Nas fundações privadas, o principal controle é aquele que é exercido pela Curadoria de Fundações. É interessante porque a Curadoria primeiro cura, depois vela, então é algo quase terminal. Qualquer fundação privada tem uma Curadoria do Ministério Público, por quê? Porque a fundação não tem dono. A fundação privada o que é?

Se, amanhã ou depois, embora eu resista à idéia de isso acontecer, eu falecer, eu posso pegar parte do meu patrimônio e querer afetar, querer vincular, para uma determinada atividade. Como é um ato em que quem institui, depois, não tem necessariamente o controle permanente sobre as finalidades dessa personificação de um patrimônio, então a lei diz o seguinte: o órgão de defesa geral da sociedade vai velar para que essa entidade atinja os seus objetivos e suas finalidades.

De outro lado, na fundação pública, o controle é um pouco distinto. Por ter uma personalidade de direito público, portanto, por recair sobre ela o regime de direito público, o MP vai exercer o controle, que talvez não seja um controle tão permanente, tão burocrático, tão diuturno, como o da Curadoria das fundações, mas é um controle mais profundo. E qual é o bem jurídico que o MP, na fundação pública, controla? Não é a vontade dos instituidores, mas a coisa pública. Coisa pública que não precisa ser pecúnia, pode ser bem público, e aí bem público é amplo e envolve até a marca, é verdade, pode ser o recurso público, pode ser uso de servidores.

Mas o fato é o seguinte: esse controle que o MP exerce na fundação pública é o controle que se aproxima do controle geral do agente público e da entidade pública. Nem sempre esse controle vai se dar *a priori*. Raras vezes esse controle vai se dar antes da prática dos atos. Mas ele vai ser um controle exercido quando algo irregular se avizinha, algo irregular se apresenta.

Tenho aqui uma divergência, imagino, com o Marlon, porque, na questão principal de controle, que é o uso do recurso público, do dinheiro público, nem sempre o recebimento, a percepção de dinheiro público por uma entidade pública ou privada motiva o controle pelo MP do uso desse dinheiro. E dou exemplo fácil para explicar o meu entendimento.

Há transferências de recursos públicos para entidades privadas que justificam o controle permanente do MP e do TC. É aquele uso do dinheiro que

não tem uma característica de retribuição. Ou seja, eu ponho na sua mão o dinheiro para você cumprir uma finalidade que o Estado tem por incumbência fazer, e quero que você o faça em meu nome. Basicamente, é o dinheiro que se passa num convênio. Seja o recebedor público ou privado, o TC, o órgão repassador e o MP exercem o controle sobre o uso do dinheiro.

Há outras situações às quais isso não se aplica. Por quê? Porque o dinheiro foi repassado não para que o recebedor cumpra uma função pública, mas para remunerar uma atividade que já foi feita pelo recebedor e era de interesse do Estado. Por exemplo, quando uma empreiteira — digamos que o preço foi bem pago, não houve roubalheira etc. — recebe um valor do Estado por uma obra que fez. O MP fiscaliza se o valor recebido foi correto, se o processo licitatório se deu, se o contrato administrativo foi regular. Mas ele não vai fiscalizar o uso desse dinheiro pela empresa. Se o dinheiro é dela e ela recebeu, ele tem a mesma natureza que o uso que dou ao dinheiro que eu recebo no final do mês, no meu holerite, na universidade. Por que a universidade me passa o dinheiro? Porque eu prestei um serviço e, pelo meu regime estatutário, eu tenho o direito a uma paga de x reais e o uso que eu vou dar é meu. O dinheiro entrou no meu patrimônio, ele é privado.

Se uma entidade faz um convênio com o Estado para cumprir uma função de interesse público, então o dinheiro não é privado, ainda que ela seja privada. Ele é um dinheiro que continua público até que se cumpra a finalidade para qual houve a transferência. Mas eu fecho esse parêntese para dizer que, portanto, o MP exerce controle sobre fundações de apoio, sejam elas privadas, sejam elas públicas, mas o tipo de controle vai ser diferente conforme a natureza dessas entidades.

Eu quero apresentar aqui os critérios que o TC-SP adotou em resolução para definir se ele tem ou não jurisdição sobre essas fundações. Ele diz o seguinte: “Não posso fiscalizar uma fundação que não tenha relação com o Estado, não está na competência do TC fiscalizá-la. Mas, para fiscalizar, eu vou verificar se essas fundações — e aí vou dizer se elas são públicas ou privadas, porque eu, TC, só fiscalizo coisa pública — assumiram ou não um caráter de submissão ao regime de direito público”.

Isso fica bastante claro nas Instruções Normativas nº 2 e nº 3, do TC-SP, que dizem que o Tribunal vai fiscalizar aquelas instituições que “tenham sido criadas, ou seja, mantidas por pessoas da administração indireta do estado ou por órgão público”. Se quem instituiu é o órgão público, a instituição é pública. Se ela é mantida, ou seja, tem uma relação de manutenção com o órgão público, ela é uma fundação pública.

Segundo critério: “estejam sob supervisão ou controle das pessoas de direito público”. Então, ainda que não tenha sido instituída, ainda que não seja mantida, existe uma relação de submissão e de controle pelo órgão público. Vira uma fundação pública. Também serão consideradas públicas as fundações que “sejam administradas por funcionários públicos de quaisquer pessoas da administração indireta do Estado, enquanto tal, ou por órgão público municipal”. Aí me parece claro que o fato de você ser servidor não é o suficiente para a fundação se tornar pública.

Na fundação privada do meu patrimônio, por exemplo, se o presidente for alguém que é funcionário público, mas que a preside porque foi eleito lá pelos mantenedores, ou pelos instituidores, isso não torna a fundação pública. Se é dirigida por servidor público, que está naquela condição enquanto tal, a exemplo de alguém que dirige a fundação porque é chefe do departamento, então é considerada pública.

Outro item: aquelas que “estejam sediadas em imóveis públicos ou destinadas ao serviço público”, ou seja, não foi instituída por órgãos públicos, não tem supervisão, não é dirigida por servidor público, mas funciona no prédio da universidade. Aí o Tribunal diz que ela é uma fundação que se submete ao seu controle porque é uma fundação pública. Outro caso enquadrado é o das instituições que “recebam recursos financeiros da administração direta ou indireta do Estado ou órgão público municipal”, aqui também, ao meu entendimento, é que elas recebem esses recursos com uma atribuição de transferência de recursos e não mediante paga, porque, se não fosse assim, essa resolução levaria a que todas as empresas fornecedoras do Estado virassem sujeitas a controle do TC e virassem entidades públicas.

Então, se você tem um convênio — são muito comuns aqueles convênios guarda-chuvas, em que há a transferência permanente de recursos para essa instituição — ela se torna uma instituição pública, porque não vive sem receber o recurso do Estado e porque também o TC tem que controlar como está sendo gasto aquele recurso, porque ele não teve caráter de retribuição. Penúltimo item: as fundações “ajustem regularmente convênios ou contratos com a administração direta ou indireta do Estado ou órgão público, no caso, municipal”.

O último item é que elas “não consigam cumprir as suas regras estatutárias sem os recursos financeiros recebidos da administração direta e indireta ou órgão público, sem com eles firmar convênios ou contratos”. Ou seja, ainda que não atenda nenhum desses itens, a entidade precisa de recursos públicos para atingir suas finalidades. Esses são, para mim, crité-

rios muito úteis, porque eles permitem que a gente divise o que é e o que não é uma fundação pública, embora a resolução do Tribunal seja ampla, não diga só respeito à fundação, diz a entidades de uma maneira geral.

Agora, é permanentemente necessário que o TC fiscalize e controle de certa forma as fundações de apoio para justamente saber se alguma delas, num determinado exercício, num determinado momento, mudou de fundação privada, que não está sujeita ao controle a que os órgãos públicos se submetem, para fundação pública, porque isso é dinâmico e você pode, num determinado momento, não atingir nenhum desses itens e, no outro, passar a ter funcionários trabalhando, cedidos, recursos trespassados ou funcionamento em prédio.

Não tenho uma posição antipática ou avessa às fundações de apoio. Tenho, pela minha experiência, impressão de que isso é mais um problema de como elas se relacionam com a universidade do que de criticar sua própria existência. Porém, como tudo que se envolve com o Estado, essas entidades têm que se submeter a um controle, até preventivo.

Esse controle pode ser feito pelos órgãos internos da universidade e pelo TC e, episodicamente, pelo MP, para saber se as finalidades que justificam as fundações de apoio estão ou não sendo atendidas. Não é um problema simples do ponto de vista jurídico, mas muito já se tem evoluído nesse tema.

Primeira rodada de perguntas

• Inácio Araújo, advogado

Senhor Marlon, a gente vê costumeiramente a Justiça Federal se dando por competente quando um aluno inadimplente de uma determinada faculdade não consegue colar grau e ele entra com um mandado de segurança contra o reitor daquela universidade e a ação é distribuída na Justiça Federal, pelo fato de que a competência para legislar sobre a educação é da União.

Nesse mesmo sentido, fazendo um paralelo com o que dispõe o artigo 206, que trata do ensino público e gratuito, e partindo, em tese, da conclusão que eu tiro desse painel — de que a forma de cobrança de valores que as fundações fazem é ilegal — eu questiono se estaríamos diante da competência do Ministério Público Federal e da Justiça Federal para apreciar a questão da validade e da legalidade ou não das cobranças de mensalidades ou de taxas, por parte das fundações de apoio aqui na USP.

Ao professor Floriano: naquele debate a que o professor Marlon se referiu — de que participei, pois sou advogado da Associação dos Docentes da Unifesp — tivemos uma discussão em que um professor, médico da Unifesp, colocou exatamente essa questão: até que ponto o uso da logomarca Unifesp na guia da receita médica dele não lhe traz mais clientes do que daquele médico formado na Universidade lá de Piracicaba, ou na Uniban, na Unip? Fazendo um paralelo com a sua fala, eu tenho conhecimento, do seu escritório de advocacia, até do meu particular amigo Eduardo Ramirez, de um boletim que o seu escritório distribui e que, num dos números passados, trouxe uma informação de que o MP teria um parecer no sentido de que não é ilegal a atuação dessas fundações, ou algo nesse sentido. Então, eu queria pedir ao senhor, se tiver um paralelo com o debate de hoje, que expusesse sobre isso.

• Professor Ciro Correia (Adusp)

Vou fazer referência aqui a uma matéria que envolve um parecer do professor Floriano de Azevedo e diz o seguinte: “Tese da FIA define novos parâmetros para fiscalização do Tribunal de Contas do Estado. Decisão dispensa fundações de apoio de licitação e concurso público”. Num dos trechos, diz o seguinte: “Azevedo Marques provou que, embora seja uma entidade de apoio, a FIA foi constituída legalmente por pessoas físicas com recursos privados. Ainda que seus criadores sejam professores da FEA, não o fizeram na qualidade de professores da Faculdade, mas como profissionais na área de economia e administração. Além disso, sua finalidade é oferecer consultoria na área econômica e de gestão

de empresas, o que não se pode confundir com o objetivo da FEA-USP, de caráter estritamente educacional”. E a matéria termina da seguinte forma: “O fato ganha maior expressão pela decisão que teve a FIA de enfrentar o desafio de provar, junto ao Tribunal, o equívoco em que o Tribunal estava incorrendo. Com isso, ganham todas as demais fundações de direito privado”.

Tenho aqui algumas preocupações. Eu sei que essa matéria não é de sua responsabilidade, por isso aproveito sua presença aqui para esclarecer algumas coisas, porque a lógica, por essa matéria, eu diria que é perversa. Todos nessa universidade sabem que a FIA recebe milhões de reais pelos cursos que oferece, no meu entender indevidamente, na área educacional. E ela diz que a responsabilidade da FEA é estritamente educacional.

A FEA, como uma faculdade da USP, tem função e responsabilidade de pesquisa, extensão de serviços à sociedade, não é só educacional. E se eles se instituíram e conseguiram contratos com ministérios, secretarias do Estado, municípios etc., é justamente pela credibilidade que tem a FEA, enquanto instituição da USP e que parece para a sociedade, portanto, um órgão insuspeito para merecer uma dispensa de licitação.

Cada um desses profissionais da FEA não teria, pela sociedade, a legitimidade para receber a dispensa de licitação. Então, quando eles recebem dispensa de licitação é pela credibilidade que a FEA tem, e não pela credibilidade que aqueles que participam da FIA têm ou teriam. Posto esse meu pano de fundo, a minha pergunta é a seguinte: o que a sociedade ganha na hora em que uma instituição privada, como a FIA, recebe um tratamento de sequer passar pelo controle do TC naquilo que diz respeito à licitação e à obrigatoriedade de fazer concurso público?

• Sueli, doutoranda (FFLCH-USP)

Gostaria de fazer algumas colocações e tentar desvendar algumas dúvidas. Sou doutoranda daquela área que o Weichert disse que não desperta a cobiça do interesse privado, que é a área de humanas, da História. Mas o objeto da minha pesquisa desperta sim o interesse privado, e bastante, que é “meio-ambiente”. Já ficou confuso.

Então eu vou colocar, como leiga na área jurídica, uma situação pela qual eu passei, para ver se consigo entender o que o professor Floriano colocou com relação aos critérios para determinar o que é público, o que é privado, como é que fica essa zona cinzenta, principalmente nesta época de capitalismo neoliberal, que confunde bastante Estado e privado.

Comecei o doutorado no ano passado e, no primeiro semestre, entre uma série de dificuldades, tive a matrícula indeferida. Eu sou aluna regular de

doutorado, não fui a única, mas fui a única a reclamar, cheguei a reclamar até no Ministério Público — o processo está lá, parado — e a universidade nem chegou a responder o motivo pelo qual cheguei a indeferir minha matrícula.

Depois dessa confusão, terminei meus créditos, todos de que precisava. No segundo semestre, eu fui procurar de novo uma disciplina regular — o termo regular já é confuso, mas é chamada pela universidade de disciplina regular — na área de pesquisa interdisciplinar, que aborda esse tema, que é meio-ambiente na área de humanas, e não encontrei absolutamente nada.

Existe uma série de disciplinas, muito exatas, muito específicas, na área de exatas. De repente, eu recebo um informe de conhecidos e um empresário de fora de que, dentro da universidade, ia ocorrer um curso fantástico na minha área. E quando eu vou ver o programa, nossa!, que maravilha!, é disso que eu preciso! A questão é que eu não tinha como ter acesso a esse tipo de informação, a não ser que eu saísse com uma lupa e uma lanterna vasculhando, como agulha no palheiro, para descobrir onde estaria aquele conhecimento a que eu deveria ter acesso.

E ele estava numa fundação, oferecido para uma área muito específica de energia — Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) — que tem um interesse privado fantástico, com o mercado de carbono a todo vapor, e ele havia sido requisitado por uma empresa de distribuição de energia elétrica. Era um curso de extensão dado na USP.

Primeiro problema: não tenho acesso. Se o curso é de extensão, ele está ligado à Pró-Reitoria de Extensão. Mas, se vamos procurar na Pró-Reitoria de Extensão o que tem de conhecimento acessível para a gente, lá não existe essa informação. Porque as fundações são autônomas para fazer o que elas querem, sem precisar dar satisfação, e informam depois. Já fica difícil.

Segundo: o curso não era gratuito. Durava uma semana e custava R\$ 2.500. Como é que eu vou fazer um curso de uma semana por R\$ 2.500? Então, me lembro de que existe uma portaria que diz que eu posso pedir isenção. Coincidentemente, nessa mesma semana, a portaria, que existia desde 1991 e que dizia que alunos, professores e funcionários podem pedir isenção, porque as fundações são obrigadas a prever taxa de isenção, mudou. Não era mais “comunidade da universidade”, mas era uma coisa muito difusa. E as fundações devem prever critérios de isenções ao seu bel-prazer. Como mudou naquela semana, ficou muito confuso. É claro que a universidade me deu isenção e eu fiz um tremendo curso.

Pergunto ao procurador Weichert: como é que a gente pode resolver isso com relação à função da universidade de fornecer mesmo o acesso ao conhecimento, à pesquisa? E como é que a gente pode, professor Floriano, resolver a questão da transparência? Eu não tenho idéia.

Respostas à primeira rodada

• Marlon Weichert

Professor Floriano, acho que não há divergências entre o pensamento do senhor e o meu, pelo menos no que foi exposto nessa mesa. Aliás, o senhor, com uma didática perfeita, conseguiu traduzir com mais clareza o que eu pensava, o que eu tentei pelo menos dizer. Começando pelos exemplos sobre cursos de extensão.

O senhor mencionou “direito civil para mulheres”, ou seja, não interessa se são mulheres graduadas em direito ou não, são mulheres que querem saber como é que ficou o regime, a questão de gênero, após o novo Código Civil. Nitidamente, é a Faculdade de Direito propiciando que a sociedade possa ter acesso à informação.

Eu lembro de um curso da Unifesp que me pareceu muito interessante — “cuidador de idoso” —, que chegou ao meu conhecimento porque o Conselho Regional de Enfermagem queria que eu fechasse o curso, porque dizia que era a usurpação da função do enfermeiro. Eu falei que não. Pelo contrário, este é tipicamente o curso de extensão. Está dizendo como é que uma pessoa, até às vezes uma filha, uma dona de casa, ou uma empregada, vai poder dar uma atenção mais dedicada ao idoso, aplicando conceitos de enfermagem, conceitos da área da medicina, para propiciar a cidadãos que não são graduados naquela área do conhecimento a possibilidade de aplicar corretamente aquele conhecimento.

O que diferencia da atividade típica de ensino é o fato de ser ali pós-graduação, pois o pré-requisito é que já há uma graduação e que eu vou aprimorar aquela graduação. Do ponto de vista de eficiência administrativa, ele pode estar na Pró-Reitoria de Extensão ou na Coordenação de Extensão. Mas eu tentei dizer que é uma mera questão de definição de atribuições para quem vai cuidar do assunto, mas a natureza da atividade vai continuar a ser uma atividade de ensino. É como eu vejo.

Outra questão bem interessante que foi discutida também na Unifesp é o uso da marca. Eu não acho que há uma imoralidade ou que há uma ilicitude no uso individual daquele curso que eu fiz. Com muito orgulho, posso estampar “doutor da USP”, “professor da USP”. É uma característica de uma conquista individual minha. Eu não estou dizendo que estou trabalhando em nome da USP quando estou dando o meu parecer. Não é a USP que está dando o parecer, é o professor Floriano, que é professor da USP.

Há uma diferença essencial, quando uma instituição privada diz: “eu dou diploma da USP”. É diferente daquele caso em que se diz “nessa instituição só

trabalham professores da USP, mas o diploma é da ‘Vovozinha Amarela’”. A diferença é a certificação que eu dou. Não vejo também nenhuma irregularidade quando um curso, desde que haja atendimento daqueles requisitos de compatibilidade de horário, anuncia: “aqui é um curso preparatório para concursos públicos onde os professores são sempre da área pública”. Magistrados, membros do MP, procuradores da Fazenda, procuradores do Estado. Trata-se de uma característica do indivíduo, que possui aquela — eu diria — titulação.

E quero dizer da titulação *lato sensu*. É um título que você angariou. Na Unifesp, algumas pessoas falaram: “não, na verdade, isso já é um absurdo, eu deveria preponderar apenas pelo reconhecimento da minha capacidade profissional”. Mas eu acho que é importante você ter alguns divisores do tipo “eu estudei em tal e tal lugar”. Não obsta que uma pessoa diga “professor da Unip” lá no seu papel na hora de dar o seu parecer ou no seu receituário médico. Aí sim, é a tradição da instituição certificando talvez indiretamente. O que não é, por outro lado, garantia de um bom profissional, é apenas sinal de que foi um profissional que teve condições de acompanhar aquele curso ou passar num concurso para professor.

Existe sim um problema, e me ocorreu quando o professor colocou a questão da compatibilidade de horários, que, na área federal, nós chamamos de questão da dedicação exclusiva. É uma questão pragmática, que pode ser resolvida com bastante facilidade, ou com menos dificuldade. Na área federal, por exemplo, hoje basicamente só se oferecem vagas para professor em dedicação exclusiva.

Isso acaba gerando aquela situação de “eu não quero dedicação exclusiva porque eu quero ter a possibilidade de atividades extra-acadêmicas, inclusive de ser professor de um curso de especialização que não é da universidade, ou ser professor de um curso preparatório para alguma questão”. Acho até que o próprio Andes, no passado, sempre pressionou para que se criassem mais e mais vagas de dedicação exclusiva, para que a universidade pudesse ter um corpo mais estável e a ela dedicado. Ou seja, talvez seja um problema muito mais de definição de tamanho de quadros e que o profissional diga: “eu não quero dedicação exclusiva porque me inviabiliza economicamente”. “Eu preencho as condições para ser um professor de uma boa academia como a USP ou como a Universidade Federal, mas preciso também ganhar mais dinheiro, preciso sobreviver”, ou “eu gosto de acumular riqueza”.

Talvez seja um campo de definição de quadros, de números de cargos que pudesse ser mexido para propiciar isso. Se não, começa a virar, “olha, eu sou de dedicação exclusiva, mas, como o salário é pequeno, eu trabalho

por fora, mas finge que...”, não é verdade? Ou seja, você começa a criar aquela permissividade. Aí talvez estivesse o equívoco colocado.

Tampouco discordamos, professor, na questão da verificação da existência de interesse do Ministério Público numa determinada questão. Concordo plenamente. Quando há uma transferência de recursos para uma instituição que vai exercer de certo modo a função pública de mãos dadas, ou seja, num convênio, há interesse na aplicação do recurso. Completamente diferente é a natureza jurídica da relação que se institui quando o poder público, por exemplo, está comprando uma mercadoria privada, está comprando um serviço privado. Ali o interesse se esgota em saber se o objeto contratado foi efetivamente cumprido, ou seja, se o contrato foi cumprido, se o preço foi justo. Agora, ele não tem nenhum interesse em saber se aquele dinheiro, depois, foi gasto da forma A, B ou C. Esse é um interesse estritamente privado em que o MP não pode entrar.

O que, às vezes, são situações meio cinzentas, e aí que são as grandes discussões, inclusive judiciais, é quando a instituição fala: “O MP transbordou daquilo que seria o limite do seu interesse”. O MP retruca: “transborda porque, na verdade, a natureza jurídica do contrato não é essa”, e aí entra na questão. Mas, do ponto de vista didático, o senhor está coberto de razão. E eu queria avançar um pouquinho porque eu percebi que uma das dúvidas, eu não lembro se foi do Ciro, é com essa questão do público-privado.

O professor Floriano, de uma forma didática muito interessante, enalteceu esses critérios que explicitam quando há interesse do Tribunal de Contas em verificar a aplicação ou o funcionamento de uma instituição. Isso não significa que aquela instituição que era privada virou pública, apenas que há interesse público na fiscalização da aplicação daqueles recursos. A gente usa, às vezes, um jargão para fins didáticos nesse sentido, mas a natureza jurídica, usando o exemplo da FIA, e sem querer entrar no mérito do que foi dito, porque não conheço os fatos, a FIA continua sendo privada. Agora, pode haver ou não interesse na fiscalização da sua atuação, em função do que ela faz.

A Constituição já dá essa baliza, que é o parágrafo único do artigo 70, que diz onde há interesse do TC em fiscalizar. Não é apenas quando se transfere recursos, mas quando se assume exercício de função pública, quando se guarda bens, afinal de contas, de qualquer forma, o poder público vai responder em algum momento pelo que está sendo feito ali em seu nome. Então é um avanço muito grande ao que havia pré-CF de 1988. Tudo o que havia antes de 1988, você agora multiplica por dez. Idem com o MP.

Com relação à questão do Inácio, aqui na CF há uma definição dos sistemas de ensino. Sistema de ensino federal é composto pelas universidades federais e universidades privadas. Por isso, os atos das reitorias das universidades privadas que negam uma colação de grau, que não emitem um diploma, atraem a competência federal, porque essas universidades privadas integram o sistema federal de ensino. É a União que fiscaliza, é a União que controla e, por isso, a competência federal.

As universidades estaduais integram o sistema estadual de ensino, assim como as universidades municipais. Se eu bem me lembro, as universidades municipais integram o sistema estadual de ensino, e o sistema municipal apenas as instituições de ensino de pré-escola, ensino fundamental e ensino médio. Então, a USP integra, por definição legal, o sistema estadual de ensino. A atribuição de fiscalização é do Ministério Público Estadual, tirando algum caso pontual, como o professor Floriano colocou, onde se demonstra: “aqui houve um convênio do Ministério da Saúde com essa faculdade para cumprir tal objetivo e esse dinheiro desse convênio, federal, foi desviado”. Para uma questão deste tipo existe interesse federal, porque houve aqui um dinheiro carimbado para uma aplicação em nome da União. Então a regra, em 99% dos casos, é que a USP fica submetida ao controle, à fiscalização do MP Estadual.

A questão da Sueli é bastante *interna corporis*, ou seja, da estrutura interna da USP. Talvez uma instituição muito grande, onde existe na ponta um problema, ou seja, a fundação de apoio desenvolve atividades em nome da USP, aparentemente, sem precisar submeter aquilo a um conjunto de atuações da universidade. A universidade, em suma, não sabe o que se faz na fundação, em nome da universidade, e não lhe consegue dar informação.

Não significa nenhuma falta de transparência ou uma intenção em omitir, apenas um desconhecimento. Seria talvez uma patologia do sistema, aparecendo nessa ponta. E daí a sua *via crucis* para conseguir ter a informação que lhe era adequada, que lhe era importante.

• Floriano de Azevedo Marques Neto

A princípio, no Ministério Público, vai ser muito difícil, pois ele não existe para resolver questões individuais, está bem? O MP existe para questões — é uma limitação constitucional — de cunho coletivo ou difuso.

A outra pergunta é mais simples, embora a resposta não vá ser satisfatória. Salvo engano, essa notícia se referia a uma decisão do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, aprovando o arquivamento de um inquérito civil público pedido pelo promotor que levava esse inquéri-

to, aberto contra a contratação de uma fundação de apoio. Mas, como não sou eu que mexi com isso, nem que indiquei para sair no boletim, eu me comprometo a apurar a decisão e te mandar, eventualmente por e-mail, a notícia, porque eu não tenho o detalhe dela.

Sueli, sua pergunta permite reforçar o meu entendimento de que o problema não é a existência das fundações de apoio, mas é como a universidade trata a atividade das fundações. Por exemplo, acho absolutamente imprescindível que você tenha uma regulamentação exigindo que os cursos organizados pelas fundações de apoio prevejam regras claras e universais de isenção para alunos da universidade.

Por quê? Porque isso permite reforçar o engate e aquilo que você falava do benefício que a sociedade e a própria universidade podem ter com a existência e a atividade das fundações de apoio, benefício que vai além daquilo que eu falei, que é a possibilidade da universidade se apropriar de parte da riqueza movimentada pelas fundações de apoio.

No seu exemplo, eu não conheço a resolução nem tampouco a que alterou, mas me parece que o critério deveria contemplar necessariamente essa isenção, não só para reforçar esse benefício, como para impedir uma distorção, para evitar que as fundações de apoio — e o Marlon está buscando um pouco isso — criem verdadeiros nichos de contorno do dever da universidade em ministrar cursos.

Me preocupa se eu, amanhã ou depois, ao invés de tentar, como estou tentando, registrar lá na grade da graduação uma matéria de “processo administrativo”, que é algo que no direito brasileiro surgiu há cinco anos atrás, se eu fizesse na Fundação Arcadas um curso pago para alunos de graduação sobre “processo administrativo”. Aliás, não consegui ainda aprovar o curso, vocês sabem melhor do que eu que o professor-doutor tem uma certa dificuldade de conseguir aprovar as coisas nos conselhos da USP, particularmente na minha faculdade. Este é um curso que eu estou dando na FGV e está sendo cobrado lá, mas tenho absoluta certeza de que eu vou conseguir colocá-lo na grade. É uma demanda dos alunos, para lidar com problemas administrativos. E aí, paro até de ministrar fora, porque o meu interesse é dar um curso sobre isso gratuitamente, dentro da grade de cadeiras oferecidas para os alunos de graduação.

Então a isenção não só é um retorno para a instituição como é uma forma de evitar que se criem matérias extras, cobradas, dentro da estrutura da universidade, nas fundações de apoio ou não. Então, o exemplo é bom porque me parece que seria imprescindível que a universidade tivesse uma norma interna obrigando que os cursos, extracurriculares ou não, fossem

franqueados com isenção de qualquer taxa, remuneração ou coisa que o valha, para os alunos matriculados na universidade.

Mas podemos pensar o seguinte: “Se eu vou ter a isenção para os alunos que estão nos programas de graduação e pós-graduação, por que é que eu não vou estender essa gratuidade para os outros?” Porque, se você estender a gratuidade, no exemplo que você deu, quer me parecer que esse curso não existiria. E depois, se existem interesses de mercado que promovam e possibilitem a criação de um curso que está fora das atividades normais da universidade, e se é viável que os alunos da universidade tenham acesso a esse conhecimento, não me parece que uma empresa que quer um curso, ou uma parcela dos profissionais de uma determinada área, não deva ser instada a remunerar.

É um ponto muito importante de luta que se tenha gratuidade para os alunos da universidade, pelo menos para os cursos extracurriculares. Agora, se eles forem gratuitos numa forma geral, eles não existem, e aí eu começo a responder a sua pergunta, e vou tentar ser sintético. Vamos entender qual foi a tese que eu defendi no Tribunal de Contas, acabou ganhando e até foi um caso que mudou a orientação do TC.

A fundação, simplesmente por ser fundação de apoio, seja privada, seja pública, no meu entendimento, tem que se submeter ao controle do TC. Para quê? Para o TC poder verificar se houve ou não a passagem da fronteira entre fundação pública e fundação privada. Se houve ou não apropriação ou uso de prédio público, de servidor, de recurso etc. Porém, o fato de uma fundação ser de apoio e, por isso, se submeter ao controle do TC não a torna automaticamente regida pelo direito público. Então não a torna automaticamente sujeita ao dever de licitar, sujeita ao dever de fazer concurso público, sujeita àquilo que não vai dar tempo de definir, mas que a gente poderia caracterizar como regime de direito público.

Há possibilidade de existirem fundações privadas que, por serem de apoio, por viverem nessa relação um pouco próxima demais com a universidade, merecem um controle preventivo do TC. Agora, isso não faz com que, automaticamente, elas se erijam a submeter-se ao regime de direito público. E existem, como eu disse, fundações de apoio que são quase autarquias, totalmente caracterizadas como órgãos públicos que se utilizam de infra-estrutura, pessoal etc., da universidade. Agora, a outra pergunta é a mais complicada. Qual é o benefício da sociedade e se isso não seria uma distorção, porque elas são contratadas sem licitação por órgãos públicos?

Artigo 24, inciso 13, da lei 8.666: não precisa ser fundação de apoio, não precisa ser ligada a uma instituição pública para ter dispensa de licita-

ção. O requisito é ser uma instituição criada com fins de ensino, pesquisa etc., constituída sem fins lucrativos. Por isso, elas são contratadas. Se a FIA ousasse romper com a USP, ela poderia até ter várias dificuldades, por exemplo, para o problema da certificação, que é a questão da marca. Agora, para ser contratada pelo poder público, ainda mais hoje, com o acervo técnico que ela tem, ela continuaria sendo contratada com base na dispensa, tirando a marca da instituição. Contudo, essas contratações pelo poder público têm que ser controladas não pelo ângulo da contratada fundação, mas pelo ângulo do órgão público que contrata.

Por exemplo, o MP do Estado de São Paulo contrata a FIA, como já contratou várias vezes. Ele, então, vai ter que verificar se, no caso concreto, é o caso de contratar, se ela preenche os requisitos, se dá dispensa etc. Nessa perspectiva, vem a pergunta mais complexa. Qual é o benefício para a sociedade disso?

O Marlon, por exemplo, colocou uma visão que o Chico Miraglia defende há muito tempo, que é uma visão de universidade, que eu posso até discordar, que é a universidade com mais concentração de dedicação exclusiva, professor mais voltado à pesquisa etc. Agora, existe um benefício, sim, na medida em que, por existirem as fundações de apoio, você permite, por exemplo — e não sei se está sendo suficiente, isso é uma questão a se discutir — que você tenha o ingresso de recursos para a universidade pública. Pode até ser pouco, mas eu vou à FEA e vejo o que é a FEA hoje.

Eu gostaria de ter um equipamento de som na minha faculdade um pouco melhor do que aquele em que eu fico preso ao fio. Não tenho, porque não tenho recurso. Ora, se você pode ter um tipo de aporte, de inclusão de recursos na universidade, é uma vantagem. Segunda vantagem que pode haver: você fala: “a FIA dá vários cursos, cobrados”. Se ela cobra da USP algo por um curso, nós estamos aí diante de uma ilegalidade, que eu acho que tem que ser combatida. Agora, se ela cobra do mercado, por um curso que, no fluxo normal das atividades da universidade, não existiria e se nós conseguíssemos — eu não sei como é que isso funciona aqui, pela Sueli, não funciona — que fosse garantida a participação, pelo menos da comunidade, nesses cursos, sem ter exclusão pelo critério econômico, existiria benefício para a sociedade.

Digamos que você exija que as fundações de apoio prestem parte das suas consultorias para projetos de interesse social, eleitos pela universidade. Dentro de um conjunto de atividades, vão cobrar milhões de dólares da Xerox do Brasil, vão cobrar 500 bilhões lá da empresa de energia elétrica para financiar seus projetos, mas garantam que exista uma parte que reverte para

a comunidade e garantam que, de cada dez projetos, um seja um projeto de interesse social — ou de montagem de uma ONG, ou de coisa que o valha.

Ora, o que nós estamos falando aqui é uma questão de como a universidade vai lidar com essa realidade, como ela vai regular essa atividade, e não uma oposição essencial, axiológica, *a priori*, da existência ou não. É possível ter distorção? Sempre haverá essa possibilidade. Como manejador do direito, sempre quero crer que a lei, a norma, as regras de controle são suficientes para tornar as coisas mais próximas do interesse público.

Posso dar vários exemplos de professores que simplesmente não participam de fundações e que também não revertem nada para as coletividades, porque não fazem nada. Não os que estão aqui, mas, na minha unidade, existe um monte deles. E nem por isso a universidade ficou melhor ou pior.

Segunda rodada de perguntas

• Professor Américo Kerr (Adusp)

Nós temos um levantamento de que, em 2001, as fundações captaram 457 milhões de reais em recursos, tanto no oferecimento de cursos, quanto na parte de saúde, no oferecimento de projetos. Isso representava, naquele ano, 36% do orçamento da universidade. E o que chegou ao bolso da universidade? Foi alguma coisa entre 1% e 1,5%.

Foi com isso que compraram aqueles microfones da Faculdade de Economia e Administração, a FEA. Essa pontinha, para você ver o volume de recursos que veio, e não dá para a gente justificar daí que esse montante de recursos, vindo com o prestígio da USP, resulte, do ponto de vista da instituição, em 1,5% de repasse. Esse é um primeiro ponto.

Podemos falar: “vamos resolver isso, vamos regulamentar”, mas, se existe um aspecto que a gente está vendo e comprovando, é que a maior parte dos recursos vão parar no bolso daqueles que organizam esses cursos. Portanto, é uma captação privada. Como o Marlon colocou, existe a questão da captação privada, gerenciamento privado do recurso, usando a imagem de uma instituição pública. Esse é um ponto chave.

Então podemos pensar: “então vamos fazer de uma forma que venha mais para a universidade”. Aí nós entramos numa segunda questão: é razoável a universidade exercer esse tipo de trabalho? Você se pergunta: “se tem no mercado algumas funções que a universidade pode oferecer e captar recurso com isso, é razoável ela fazer ou não?”. Quer dizer, nós vamos começar a usar o terreno aqui para plantar batata, vender batata, vender pipoca? Não! Qual o limite do que você faz na universidade ou não e qual é a função da universidade?

E o que ocorre quando a universidade começa a correr atrás de buscar esses recursos fora é que ela direciona o seu trabalho para quem está pagando. A questão da universidade pública, servindo a interesse da maior parte da sociedade, se perde nesse momento, porque ela vai servir aos interesses daqueles que estão comprando o serviço. Ela deixa de ser uma instituição pública a serviço de interesses maiores da sociedade, no sentido de se construir uma sociedade soberana e que opere de forma auto-sustentada também ou preservando os recursos da sociedade.

Então, essas questões são fundamentais. A universidade tem que cumprir o seu objetivo, que não é captar recursos do mercado para qualquer coisa e por qualquer motivo e que, de fato, estão servindo para comple-

mentação de salários. Como foi dito, algumas das coisas que estão acontecendo envolvem mesmo o crime patrimonial.

Se você for ver a fundo, o que a gente tem analisado representa mesmo uma mal versação desse espaço público. Queria só retomar essas questões, porque, na verdade, as maravilhas que as fundações fornecem, oferecem, são muito pequenas, mas são maravilhosas para aqueles que usufruem disso. E não cabe à universidade, também, vender determinados serviços à sociedade.

• **Marcelo Chalreo, advogado**

Marlon ou Floriano. Ouvi suas exposições com atenção redobrada, até porque temos divergências com relação à interpretação, à visão desse assunto. O que realmente não me convence nas exposições que fizeram é a ausência de explicação razoável, cabal e do ponto de vista jurídico, para essa possibilidade de as fundações continuarem ministrando cursos, especializações ou aperfeiçoamentos, apropriando-se da marca institucional. Não é só da USP, estamos discutindo da USP, mas isso acontece hoje, praticamente, no Brasil inteiro, com as universidades federais e mesmo com outras estaduais, de uma maneira absolutamente inadequada e imprópria e, na minha opinião, com ofensa aos dispositivos legais.

Qualquer membro da academia gostaria muito de ter efetivamente fundações ou entidades outras que apoiassem a academia no cumprimento dos seus objetivos constitucionais, perfeito? Agora, a bem da verdade, o que nós temos visto — e aí fica muito difícil você defender de uma maneira meio purista esse papel, quando você vê que exatamente o outro lado da moeda é diferente — é que as fundações muito mais se apóiam em toda uma estrutura, em todo um conhecimento que foi acumulado ao longo de décadas e décadas por essas instituições públicas para vender esse conhecimento de uma forma ou de outra em benefício de muito poucos.

Então vejam bem, se conseguíssemos avançar por um marco regulatório em que, por exemplo, as fundações destinariam 80% dos seus resultados para as universidades e 20% ficariam para elas, isso estaria de bom tamanho. Mas, o que a gente vê, quando muito, e algumas propostas que surgem por aí, é que se deixa 15%, 20%, deixa-se até 25%. Enfim, se fosse o contrário, ninguém aqui estaria discutindo o assunto. Se temos alguém, o bom samaritano, que trabalha, paga as suas despesas, paga o seu tempo de trabalho, naturalmente, e reverte 80% do resultado para a instituição acadêmica.

- **Floriano de Azevedo Marques Neto**

80% da margem de retorno? Não do faturamento, da margem de retorno?

- **Marcelo Chalreo**

Sim. Estou colocando, grosso modo, números. Porque seria um resultado muito interessante, porque aí nós teríamos um conjunto, a sociedade que pode contribuindo diretamente para o financiamento da instituição pública, além dos recursos públicos propriamente ditos, diretos.

Mas não é essa tônica, não é isso que a gente vê. Pelo contrário. A bem da verdade, eu até comecei a usar essa expressão, não são fundações de apoio, são fundações que se apóiam nas instituições e, com isso, elas ganharam o mercado e até conseguiram chegar ao patamar em que estão algumas fundações que saíram da USP.

Um caso concreto: a Universidade Federal Fluminense, que eu conheço um pouco, tinha uma fundação, há uns 20, 30 anos — elas começaram a tomar maior vulto de uns anos para cá — chamada Fundação Euclides da Cunha. Era uma fundação criada por um ex-reitor. Hoje, a Fundação Euclides da Cunha está, toda ela, dirigida, administrada, por professores da UFF. Hoje, ela realiza concursos públicos no Rio de Janeiro, para o Tribunal Regional de Recursos, como agora aconteceu.

O patrimônio público está sendo carreado, pouco a pouco, para essas fundações, não só para sua construção, mas para sua criação e alavancagem. E hoje, de fato, é muito provável que algumas delas tenham condições de viver sozinhas, porque acumularam tanto, às custas dos cofres públicos, ao longo dos anos, que podem prescindir deles. Essa é a questão que a gente tem que enfrentar e me parece que as discussões e, de certa forma, as exposições, não me convenceram do contrário.

Respostas e considerações finais

• Marlon Weichert

A questão que se coloca aqui é um dilema, não só das universidades, mas da administração pública. Ele vem um pouco pontuado pela questão da universidade, que é tentar conciliar agilidade e qualidade com probidade e moralidade. A gente tende a achar que todo esse regime de direito público é prejudicial para, eventualmente, uma atuação mais agressiva e de interesse da sociedade, do próprio poder público. E você acaba buscando caminhos alternativos para fazer esse papel.

A nossa experiência mostra — e daí um pouco a chatice dos membros do Ministério Público — que, quando o chamado vil metal começa a ser interessante, a coisa foge completamente ao controle e aos padrões de moralidade. Por isso a área pública tem tanto controle, tanto limite e, mesmo assim, é o que é o processo de fraude, de corrupção, de ilícitos nesse setor.

O Floriano bem colocou, com alguns pontos históricos, que, há pouco tempo atrás, havia as fundações públicas de direito privado — isso pré-1988 — que foram a saída para dar autonomia e agilidade. A bandalheira foi tamanha que o constituinte de 1988 falou: “Acabou. É tudo fundação pública, se submete a concurso, licitação, Tribunal de Contas, tudo o mais”. Eu lembro que o Estado de São Paulo criou então várias fundações públicas de direito privado. “Crio a fundação, mas você trabalha no regime de direito privado para ser ágil e eficiente”, e deu em bandalheira. Precisou a Constituição dizer: “Não, agora acaba, volta tudo, vira tudo fundação pública novamente”.

Embora exista lá no ato constitutivo, não existe o regime jurídico próprio das fundações públicas de direito privado. O que me parece é que as fundações de apoio estão querendo virar fundações públicas de direito privado. Não sendo fundação pública, mas sendo fundação privada para prestar atividade pública.

Agora, existe um outro contraponto. Na verdade, parece que a gente só fala contra, só quer destruir aquilo que já existe. Ninguém discute que serviços relevantíssimos são prestados. Eu, como membro do Ministério Público, me sirvo do IPT, da Fipe eventualmente. Ele se serve também da FIA porque tem lá qualidade, conhecimento. Agora, nosso caso é um exemplo muito restrito, são eventualmente áreas onde não haveria o mesmo dilema que é o ponto principal aqui, na área de ensino.

Vejo que as fundações de apoio não só estão utilizando o nome da universidade pública, como estão, com isso, conseguindo alavancar tamanho espaço e, daqui a pouco, vão prescindir da universidade. Aliás, é recente

o exemplo de uma dessas fundações que criou um curso de graduação. Eu acompanhei pela imprensa. Uma fundação de apoio da USP criou um curso de graduação. Não sei nem se ela conseguiu registro no MEC ou não, não lembro bem. Então, foi aquela gritaria: “É a autonomia total. Pode virar uma universidade”. Mas não pode ser mais a USP, porque não dá para você dizer que uma coisa é uma coisa e outra coisa ao mesmo tempo. Pode até ser outra coisa, desde que seja só outra coisa.

Então, tem que haver uma separação talvez dos vários objetos e uma retomada de rumo. Interessante que o IPT parece que foi transformado em uma sociedade de economia mista, cujo controle do capital é público, do Estado de São Paulo. O que lhe dá a agilidade e foco porque a sociedade de economia mista, dependendo da atividade que exerça no campo econômico, consegue ter agilidade e atender a essas grandes multinacionais e, graças a Deus, também ao MP, a preços módicos.

Então, existem caminhos que acho que não passariam pelo tudo ou nada, ou pelo caminho daqueles limites constitucionais, que eu costumo mencionar como um sistema de barreiras. Existem alguns pontos em que você não pode confiar apenas na boa fé e na pretensa ética. O ser humano muda muito facilmente de humor, conforme alguns fatores externos que lhe são oferecidos, e nem sempre é só o dinheiro. Você não pode confiar apenas nisso, você tem que ter um sistema de barreiras. É por isso que preocupa de uma forma gritante, quando você vê que a fundação de apoio, na verdade, virou uma fundação de encosto e conseguiu se apropriar daquele patrimônio, intangível muitas vezes — porque o problema não está no patrimônio tangível, está às vezes no patrimônio intangível do poder público, da instituição pública —, para fins estritamente privados.

Isso eu digo no campo da pesquisa e da extensão. No campo do ensino, nós temos uma barreira constitucional. Confesso que até hoje não consegui discordar da barreira constitucional da gratuidade do ensino público. Eu não consegui pelos motivos que coloquei, pois eu acho que, por exemplo, me assusta sobremaneira quando eu vejo o Ministro da Educação falar que vai pagar pelas vagas que estão ociosas nas faculdades privadas. É tudo o que elas queriam, o subsídio máximo, porque todas elas, tirando as de ponta, estão ociosas. Então vão ocupar com dinheiro público essas cadeiras que estão ociosas, em vez de investir isso na área pública, ainda que não fosse na mesma proporção. Se fosse criada a terça parte dessas vagas já era um lucro para a sociedade incomensurável.

É essa a inversão de lógicas em que o Américo insiste, em que o Marcelo insiste, mas a questão tem que ser trabalhada por partes. Ensino é uma ques-

tão que não se confundiria com a área da extensão e com a área da pesquisa, na qual há uma vocação de melhor atenção, eventualmente, a interesses privados, à indústria, aos prestadores de serviços e coisas do gênero.

• **Flóriano de Azevedo Marques Neto**

As duas intervenções são muito pertinentes e, para responder a ambas, eu não preciso de nenhum conhecimento jurídico. Na verdade, aqui nós estamos discutindo praticamente uma visão de universidade, uma visão de relação Estado-privado, bem menos do que jurídica.

Vou começar pela do Marcelo. A apropriação privada do conhecimento gerado e reproduzido pela universidade não começou com as fundações de apoio. Ela pode ter piorado, mas foi piorada por uma questão que é típica do Estado. O Estado simplesmente não se preocupa em disciplinar as condições que se exercem em torno dos seus recursos. Não há coisa mais nefasta — eu estou falando isso porque é o tema sobre o qual estou escrevendo minha livre-docência — e que mais contribui para a apropriação da coisa pública do que a visão de que o bem público é necessariamente uma coisa que é fora do comércio e que não pode ser cobrada de ninguém.

Sempre que se teve essa lógica, facilitou-se o quê? Que aquele que tem mais recursos, mais capacidade e mais poder na sociedade se utilizasse desigualmente do bem público em relação ao cidadão menos afortunado. Isso é um legado patrimonialista nosso. Agora, do ponto de vista concreto do que acontece na universidade, para enfrentar esse problema, que remete a uma relação entre fundações e Estado, e principalmente Estado, universidade, sociedade e mercado, tenho que dizer para vocês o seguinte: eu não tenho preconceito com mercado. Eu só tenho um susto de jogar fora 457 milhões de reais.

1,5% é pífio, não dá para discutir isso aqui, há uma falha grave, há uma distorção grave. Se são 80%, 20%, não sei. Eu só perguntei se é da margem, porque a gente não pode imaginar que um curso não gere despesas etc. Mas, se o retorno do curso é de 100, que seja, se não 80 ou 20, que seja metade. Aí, sim, existe um problema grave. Se esses dados que o Américo relata são verdadeiros, e eu imagino que sejam, é pífio. Agora, 1,5% já pode dar, em algumas unidades, retornos visíveis.

Se a taxa subisse para 15%, quanto você poderia aplicar em outras finalidades? Não vejo problema, francamente, em que parte do conhecimento gerado, produzido, cunhado na universidade, atenda a interesses do mercado. Há interesses que são absolutamente contrários à universidade pública e que não podem sequer justificar um curso, uma consultoria, uma

assessoria. Há outros que podem ser enormes no mercado, mas que têm interesse social.

Vou dar um exemplo. Imagine que uma entidade privada, com fins exclusivamente lucrativos, associe-se a uma fundação ou à própria universidade para uma pesquisa que vai dar num medicamento de grande interesse. O sujeito vai ter enormes ganhos por vender esse produto, mas, obviamente, curou uma enfermidade. E aí a questão é a seguinte: como você vai remunerar o que a universidade, ou a fundação da universidade deu para que aquele agente privado viabilizasse cunhar um medicamento que ele vai vender a alta paga no mercado? Eu não vejo um problema. Agora, vejo que existem situações que devem ser definidas.

Por exemplo, poder-se-ia imaginar que as fundações estabelecessem uma reserva de horas de seus profissionais para utilizar em consultorias que não tivessem interesses de mercado. O que o Marlon falou é absolutamente relevante. Evidentemente, a FIA e a Fipe podem prestar consultorias a preço de custo para o Ministério Público, e ninguém discute que há interesse social, interesse público nisso, porque ela tira a margem dela cobrando de quem tem para pagar. E eu não estou aqui com ilusão de Robin Hood. O mercado sempre vai puxar para os seus interesses egoísticos, e eu não tenho problema com isso. Faço isso no meu escritório, onde há um setor de pró-abono que só é possível de viabilizar porque eu cobro caro dos meus clientes privados. E eu não acho que eles sejam malvados, eles estão buscando os interesses deles.

O problema da universidade pública é dizer claramente do que cada parte da sociedade vai se apropriar. O problema é que, se não houver regulamentação e mecanismos efetivos com exigibilidade, com contundência, o livre curso dos fatos leva a que o interesse seja só do mercado.

Se eu for fazer uma consultoria na minha unidade, pelo departamento, não vou fazer nunca. O departamento vai demorar quatro meses para dar o orçamento. O problema é como você disciplina. É óbvio que ninguém faz isso por uma questão meramente de interesse público. Existe interesse privado. Agora, se você tem uma disciplina e o professor não tem regime de exclusivo, qual o problema de complementar a renda dele? O problema é só complementar a renda dele e não reverter nada para a instituição. Esse me parece o problema.

É claro, eu não tenho notícia de que alguma fundação esteja plantando batata ou vendendo pipoca. Se a finalidade, o uso, a aplicação é distorciva, se ela envolve ilícitos, se ela envolve projetos condenáveis, se ela envolve até

violação de preceitos éticos da universidade, ela tem que ser vedada. Mas eu acho que todos aqui têm convicções empedernidas em torno do assunto, e eu insisto com o Marcelo — não quero nem quis convencer ninguém — que a gente corre o risco de perder uma oportunidade e jogar a criança com a água do banho.

Não se pode desprezar a oportunidade de reverter para a universidade, que tem problema de caixa, que tem comprometimento orçamentário, e não adianta a gente sair dizendo que tem que ter mais recursos públicos, porque nós somos os mesmos que, quando temos que pagar o imposto majorado, vamos para o judiciário brigar.

Nós aqui, professores da universidade, ganhamos pouco, mas estamos nos 5% que ganham mais na sociedade. Não tem mais de onde tirar recurso para poder ampliar o financiamento público, então, que se tire uma parte desse recurso de quem tem margem, de quem tem capacidade para financiar atividades que podem viabilizar outras finalidades da universidade.

Encerramento

• Francisco Miraglia (Adusp)

Vou pedir a vocês mais um pouco de paciência, porque, neste encerramento, eu gostaria, em nome da diretoria da Adusp, de fazer uns registros conceituais.

Em primeiro lugar, registrar que nesse debate todo das fundações, a Adusp participou do Grupo de Trabalho de Fundações da Reitoria e fez um relatório. E eu queria registrar para vocês alguns pontos fundamentais do relatório e me referir a algumas coisas inclusive que o Marlon citou. É curto, e eu vou então ler: “Está claro que não é possível, do dia para a noite, mudar a natureza de um tecido social construído ao longo de décadas. Estamos falando das fundações. Por outro lado, a universidade pública não pode promover, acolher ou ser conivente com a utilização dos seus recursos materiais e humanos e do seu prestígio social para o estabelecimento e desenvolvimento de empresas privadas de serviços, que operam a partir do seu interior”.

Essa é a conceituação que a gente faz da ação das fundações privadas, chamadas de fundações de apoio, aqui no interior da universidade. São companhias de serviço. Se você telefonar para a FIA e disser “eu gostaria de criar abelhas”, eles dizem “a gente não sabe como é que se faz, mas a gente arranja alguém que faz isso para vocês”. A Fipe é parecida. São grandes companhias de serviço que operam e usam o prestígio social da universidade. É por isso que arrecadam 457 milhões de reais e que 1% vem para a universidade e que, daí, não vai adiantar negociar 15%, negociar 20%.

Há um problema conceitual. A universidade pública tem que sustentar companhia privada de serviço no seu interior? Pensando nisso, eu poderia contratar o Floriano para entrar na Justiça por concorrência desleal, porque, se eu for abrir uma companhia de consultoria e de serviços, eu com colegas engenheiros, em algum lugar, vai custar uma fortuna essa história.

Nossa proposta, portanto, é a construção de um processo de transição. Não dá para você passar do jeito que está hoje para o que a gente gostaria de fazer. Tem de ser feito um processo de transição para uma universidade que seja efetivamente pública na lógica do seu funcionamento e na destinação de sua produção.

Segundo ponto: “uma universidade na qual a origem e o destino de suas ações sejam o ensino e a pesquisa de qualidade, e onde a extensão cumpra o papel importante na captação de questões relevantes para essas atividades e na sua realimentação para a sociedade onde está inserida”.

Então, a extensão, conceitualmente, tem origem e destino, não simplesmente “eu tenho uma competência, eu transfiro”, mas ela é origem e destino no ensino e na pesquisa. Ela alimenta o ensino e a pesquisa, e o resultado é devolvido à sociedade de forma absolutamente gratuita, como parte do seu papel como instituição social e socialmente responsável.

“Esse processo de transição deverá incluir as seguintes providências:

1) criação de órgão central, secretaria ou coordenadoria, ligado à Reitoria, para gerenciar convênios, assim como para identificar e remover entraves burocráticos e administrativos ao desenvolvimento de projetos de ensino, pesquisa e extensão”, que a gente concebe indissociáveis. Quem faz pesquisa dá aula melhor. É essa a questão que ficou absolutamente clara na constituição histórica dessa instituição chamada universidade e que deve produzir saber. E saber não é uma comodidade, ou *commodity*, como outra qualquer. Ela tem natureza e só se constitui no domínio do público. O saber não se constitui no domínio do privado e não é passível de apropriação privada. Então, vamos criar um órgão central que vai tentar remover e articular essa história dos entraves burocráticos.

“2) Ação política da administração central da USP, no sentido de remover, respeitadas as regras bases de controle e transparência do uso do dinheiro público, as dificuldades legais e administrativas que hoje impedem o bom andamento do trabalho acadêmico e a administração da universidade”. É a famosa agilidade. O Floriano estava dizendo aqui: “Se for perguntar para o meu departamento, vai demorar quatro meses, então vamos fazer...” Não! Vamos ver se a gente consegue respeitar a transparência do uso de dinheiro. Inclusive, a Maria Sylvania, nossa colega da USP, mencionou hoje essa questão. Dá para melhorar essa história. Vamos trabalhar no sentido de agilizar o setor público e não de desmoralizá-lo.

“3) Essas ações poderiam, por exemplo, ser executadas em comum acordo com as outras universidades estaduais, o IPT, os institutos de pesquisa etc. Nesse período de transição, enquanto é negociada a adaptação das regras de controle administrativo, a USP contará com apenas uma fundação, pública, de modo a não dificultar o desenvolvimento do trabalho acadêmico”. Há certos convênios que as pessoas tentam celebrar. A Finep, por exemplo, diz o seguinte: “Administração central da USP nem pensar. Eu só faço via Fundusp ou alguma fundação”. Isso é uma coisa real que acontece hoje e precisa ser respeitada.

“4) O corpo docente e as unidades da USP deverão ser incentivados a utilizar a secretaria ou coordenadoria, proposta no item 1, e, quando necessário, a fundação pública mencionada no item acima”. De forma a,

paulatinamente, tornar a famosa agilidade, que é utilizada via fundações de apoio, no inexpressivo, ponto em que não se precisa mais delas.

“5) Tanto a fundação quanto a secretaria”, isso é extremamente importante, “devem ter caráter estritamente operacional, com quadros técnicos e administrativos enxutos e altamente qualificados. Não terão competência no que se refere às atividades de formação e pesquisa, tendo como fim exclusivo dar apoio técnico às operações de interação da universidade com a sociedade”.

“6) Deverá ser vedado o estabelecimento de convênio entre a USP e qualquer fundação privada que tenha em sua administração ou conselho curador docentes em regime de dedicação exclusiva, membros da administração da universidade ou de seu Conselho Universitário, de modo a evitar conflitos de interesse”.

Em relação a cursos pagos, a argumentação que foi colocada aqui hoje sobre a inconstitucionalidade de cursos pagos é absolutamente clara. Em relação ao regime de dedicação exclusiva à docência e pesquisa, a gente considera esse regime como sendo o regime básico. Por outro lado — e isso é importante — deve-se ressaltar que há lugar na universidade para especialistas que têm contribuição a dar ao trabalho acadêmico, mas cuja opção principal não é a dedicação exclusiva a essa forma de trabalho. Mas nós temos o recurso para fazer isso, a existência do regime de trabalho de turno completo e regime de tempo parcial, que é necessário também. Portanto, são necessários para a existência e o desenvolvimento da universidade.

Essa proposta, só para a gente ter uma idéia, é assinada pelo Benedito Honório Machado, professor da Faculdade de Medicina da USP, em Ribeirão Preto, Ciro Correia Teixeira, que estava aqui e é da Geologia, João Zanetic, que é da Física, eu, que sou da Matemática, Marco Antônio Brinatti, que é professor titular da Escola Politécnica, Marcos Nascimento Magalhães, que é da Matemática, e Susana Salem, do Instituto de Física. Aqui estão representadas a Faculdade de Medicina, a Escola Politécnica, as Ciências Básicas e as mais diferentes atividades que existem aqui.

Nós temos uma longa luta contra essa história das fundações e da apropriação pública do espaço privado. Estamos dispostos a brigar por um regime de transição em que a administração pública fique mais ágil e você não precise desses processos internos de privatização que, na realidade, são apropriações de espaço e dinheiro públicos. Essa é a nossa experiência.

Florian, a questão que acontece é a seguinte: nos trinta anos de experiência que a gente tem aqui, o que a gente viu foi a apropriação indébita do

espaço e do dinheiro público. E essa situação atrapalha o funcionamento da universidade pública e não contribui para o trabalho que ela tem que fazer, porque ela não tem que fazer o mesmo trabalho que o IPT faz ou que uma firma de assessoria faz.

A universidade é um lugar onde se ensina e se produz e se trabalha sobre o conhecimento, no sentido de produzi-lo e divulgá-lo e torná-lo público e acessível a todos e à sociedade em geral. E ela é um instrumento fundamental no desenvolvimento sustentável brasileiro, de modo que o financiamento público dessa instituição, a sua ampliação e a sua expansão são batalhas nossas e continuarão sendo por muito e muito tempo.

Tínhamos a expectativa de que, com a eleição do novo governo, a gente estivesse andando na direção de diminuir a privatização e aumentar a expansão. Como o Marlon mencionou, infelizmente, o que a gente está vendo são propostas de aumento na direção da privatização. Propostas que colocam a fundação como sendo fundamental para o financiamento da universidade, quando a única coisa que não falta nesse país é dinheiro para financiar serviço público. É só parar de pagar certas contas ou, então, fazer a lista completa das dívidas, em particular da dívida social.

Eu queria agradecer a todos vocês que estiveram aqui, em particular aos dois colegas de mesa, pela sua colaboração, e a todos que estiveram hoje no seminário. Agradecer ao plenário, e dizer que estamos extremamente felizes de ter conseguido organizar esse seminário, que foi muito profícuo. Muitas idéias foram apresentadas e elas serão extremamente úteis nos embates que nós ainda temos a travar, em relação não só à questão das fundações, mas à preservação, ao desenvolvimento e à expansão da universidade pública brasileira. Muito obrigado.

Novos modelos, velho direito

análise do seminário

Lara Lorena
Aparecido Inácio
Assessoria Jurídica da Adusp

A tentativa de alcançar uma estrutura mais célere, menos burocratizada e hermética, tem lançado a Administração Pública na busca de parcerias com a iniciativa privada. Dessas parcerias têm resultado um sem número de novas situações e relações jurídicas que se interseccionam e dividem posições mesmo entre os mais prestigiados operadores do Direito.

As fundações de apoio ao ensino superior, 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. Elas são um desses exemplos que nos impõem uma reflexão madura, já que sua atuação permite o desvio de conceitos jurídicos tradicionais.

Vale ressaltar que a dissonância na esfera jurídica não é relativa à legalidade da existência de fundações de apoio, mas da forma como elas se relacionam com as universidades públicas, e se essa relação e as atividades delas decorrentes, tal como posto, ou imposto, se encontram no terreno da constitucionalidade.

Nossa posição enquanto assessoria jurídica da Associação de Docentes da USP, adiantamos, é antes de mais nada a defesa, consagrada pela Constituição da República de 1988, da universidade pública, gratuita e de qualidade como prerrogativa máxima.

Temos que Direito não é estático e tem instrumentos para acompanhar a dinâmica social, se abandonarmos a leitura estreita de sua literalidade. A concepção de Constitucionalismo moderno, à qual nos filiamos, acompanha também o desenvolvimento das concepções políticas (Constituição, democracia, governo...), e vem convergindo para uma fase em que se pensa o povo como um sujeito que cria sua constituição por uma constituinte direta e expressa, e como resultado, delinea a Constituição não como uma criação, mas como um processo de crescimento, concebe a Constituição dentro de determinado tempo e circunstância, como expressão das sociedades, e assim, não significa tanto a criação de um código nacional, mas, tal como defendido pelo constitucionalista americano Charles McIlwain, a recepção de uma herança nacional.

A medida que aceitamos essa idéia da herança nacional, que recebemos e modificamos, aprimorando-a no tempo, mas sem alterar sua essência, concebemos a Constituição como algo mutável e modificável a fim de atender às novas mudanças e expectativas do porvir, insistimos, conectada à essência, reafirmando o caráter de construto que tem o Direito.

É fundamental para o objetivo aqui empreendido destacar, ainda, que tampouco os princípios normativos mencionados são estáticos por terem

sido elencados na Constituição pátria. Esses mesmos princípios consagrados constitucionalmente podem ser desmembrados e desvelados de acordo com a transformação da dinâmica das relações sociais.

Assim, partimos da idéia de que Constituição só pode ser compreendida unindo seu sentido sociológico, político e jurídico, instrumento formal e material que consubstancia o Estado.

Nesse diapasão, faz ainda mais sentido a defesa do princípio da proibição do retrocesso social, que encontra árduo defensor no brilhante jurista português, J. Gomes Canotilho. Sob o prisma da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, positivado no Protocolo de San Salvador, e ratificado pelo Brasil, em vigor desde novembro de 1999, tal princípio veda que um direito e garantia individual, assegurado ao cidadão por meio da Constituição Originária, possa ser suprimido por intermédio de emenda à Constituição.

Qualquer formulação no sentido de retirar do Estado os serviços essenciais tais como previstos originariamente, representa evidente retrocesso social, violando tratados internacionais e de igual modo, os princípios constitucionais e as garantias individuais.

Ainda neste parêntesis, apropriando-nos dos conceitos de Habermas, a idéia do Estado de Direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, mas sua ligação com o direito legitimamente estatuído, só valendo como legítimo o direito que consiga aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade. Isso acarreta uma incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado.

Outrossim, somos pela defesa intransigente do Estado Democrático de Direito. Neste sentido nossa atuação na Associação de Docentes, em defesa dos princípios constitucionais da Administração Pública, desarraigados na Universidade de São Paulo, em defesa especialmente do devido processo legal, da impessoalidade, publicidade, motivação dos atos administrativos, e moralidade.

O discurso há algum tempo propalado pela Universidade de São Paulo, entretanto, não se afasta desse. É comum hoje em dia lermos pareceres, não só no âmbito da autarquia aqui mencionada, mas de toda a Administração Pública, propagandeando a defesa desses princípios. Retórica. Continuamos a ver a Administração gerenciada por decretos, resoluções e portarias impostos por uma hierarquia não democrática; atos administrativos decisórios sem os respectivos processos administrativos; flagrantes

desrespeitos ao devido processo legal; dificuldade de acesso a informações e certidões sob a alegação de sigilo; docentes com vencimentos reduzidos sem oportunidade de defesa; punições disciplinares determinadas também sem direito de defesa; contratações sem obediência à legalidade; vaidades e perseguições em detrimento de direitos funcionais, mascarados pelo “interesse público”; eleições indiretas. Nenhum desses atos combina com o novo modelo administrativo alardeado progressivamente pela autarquia.

Por sua vez, seus órgãos jurídicos, em razão até mesmo de sua falta de autonomia funcional, têm especial apego à literalidade da lei, dispostos a qualquer preço, na defesa da instituição e de seu orçamento, a não fazer um trabalho preventivo maior de ações judiciais.

É sob este panorama na USP que nos deparamos com a questão das fundações de apoio, e para expor todas as divergências e posições sobre o tema, concebemos a realização deste Seminário Jurídico. O seminário alcança ainda outro objetivo desta assessoria: esclarecer à comunidade, docente e não docente, como essa relação com a Universidade possui do ponto de vista jurídico argumentos consistentes para o início de uma lide judicial, do qual, após as exposições realizadas, resta ainda mais claro que não nos equivocaremos de enfrentar se necessário.

Inicialmente, deve-se destacar que em face da situação denunciada pela Adusp sobre as atividades das fundações de apoio na USP, não nos quedamos inertes em busca de uma solução jurídica: representamos junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo (MPE) instruindo-o com as informações, dados e documentos obtidos em razão de uma intensa pesquisa realizada pela Adusp, não tendo tido, contudo, o resultado desejado, haja vista que desde outubro de 2002, o promotor de justiça responsável apenas vem deferindo sistematicamente os pedidos de dilação de prazo para a Universidade apresentar documentos, mesmo sendo acompanhado de perto por nossa intervenção.

Assim, é com grande decepção que assistimos à lamentável atuação neste caso do Ministério Público Estadual, somando-se a ela a indignação pelas palavras do representante de Ministério Público Federal (MPF) que participou do Seminário realizado em 12/03/2004, ao insistir que, mesmo em se tratando, em tese, de dilapidação de patrimônio público, não haveria competência do Ministério Público Federal para atuar sobre a Universidade de São Paulo. Por outro lado, alegou que, se o MPE não se pronuncia sobre o problema, a Associação de Docentes não necessitaria do Ministério Público para ingressar com uma ação judicial, apontando a ação popular ou mesmo a ação civil pública como solução.

Ora, o fato de que há outros caminhos judiciais não exime o Ministério Público de seu dever, especialmente quando provocado a fazê-lo, como no caso. E, garantimos, se tal alternativa não foi iniciada, razões tínhamos para tanto: confiávamos na autonomia do Ministério Público e nos instrumentos de que dispõe para acesso e obtenção de documentos que não possuíamos. Também o representante do MPF justificou a atuação do MPE, que permanece insistindo em aguardar por documentos no processo que não chegam, ressaltando a possibilidade de que se tais documentos não são fornecidos é porque talvez não existam. Se tal preocupação perpassa pelo promotor responsável pela representação, com muito mais atenção deveria lhe ocupar o problema, já que os documentos que aqui estamos tratando -referem-se aos convênios com a USP, aos balanços anuais das fundações, à prestação de contas à Universidade. Se eles não existem, as irregularidades se apresentam por si só. Assim, entendemos com as palavras do representante do MPF que a via de ação pelo Ministério Público se encontra de portas fechadas para o nosso problema: por um lado uma esfera se declara incompetente para apreciar a matéria; outra esfera, permanece inerte em face da denúncia, sem qualquer perspectiva quanto ao desenrolar da ação. Nem se diga, ainda, do papel das Curadorias das Fundações, que se restringem a alegar que não lhes compete estar atentas a nada mais do que o controle finalístico das fundações!!!!

O ponto a que queremos aludir juridicamente sobre uma “fundação de apoio” é que 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.

Com clareza de raciocínio Celso Antonio Bandeira de Mello¹ giza sobre o tema: “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 foi defendida, em verdade, quando a fundação for criada por ente público, em razão da projeção que se vislumbra entre as relações de direito público e privado. Outro motivo não haveria mesmo quando criada por particular, haja vista que o ente criador não determina o regime jurídico da fundação, em especial quando tiver como atividade-fim a relação com o ente público, ou seja, o estreito vínculo de dependência com o serviço público, de acordo com a natureza das atividades executadas, que podem ocasionar uma relação de promiscuidade com os recursos públicos com que se relacionarão.

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.

Ousamos discordar, contudo, da posição da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro no tocante a considerar as fundações de apoio como um terceiro tipo, misto, entre fundações públicas e privadas. A forma de constituição e atuação das “fundações de apoio” representa uma distorção, não uma situação peculiar. Logo, não corresponde a uma nova modalidade de fundação, mas revela um desvirtuamento de sua instituição.

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.

A atualidade do tema desvio de finalidade e desvio de poder se justifica pelo fato da atuação do poder discricionário da Administração vir sendo cada vez mais colocada à prova, tanto em relação aos atos restritivos de direitos, por conta da tendência da Administração em reduzir sua área de atuação e os direitos dos administrados, quanto em atos ampliativos de direitos, pela crescente e vigilante necessidade de se controlar os favorecimentos e benefícios a terceiros.

Lembrando preciosa lição do jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da finalidade “*não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada*”². Finalidade é requisito do ato administrativo, uma vez desvirtuado um dos requisitos do ato administrativo, o ato estará viciado, fulminando-o de nulidade insanável.

A teoria do desvio de poder tem como fundamento a noção de que a força vinculante da lei em relação aos atos administrativos, necessariamente a ela subordinados, ocorre em virtude da dimensão teleológica existente entre ambas.

Mais uma vez nos socorremos das lições de Celso Antonio Bandeira de Mello: “*ocorre desvio de poder e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado*”. Para ele, o desvio de poder pode se manifestar de dois modos: quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público ou quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à “categoria” do ato que utilizou. Entretanto, ressalva que, não necessariamente a intenção pode estar viciada. Daí que para o autor, “*o que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício –, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência*”³.

Assim se deve observar havendo a realização de convênios com a universidade pública.

Nosso direito positivo não permanece à margem desse entendimento, disciplinando o desvio de finalidade como vício do ato administrativo na Lei de Ação Popular (artigo 2º). Também em nossa Constituição Federal, ao apostilar sobre o mandado de segurança, no seu artigo 5º, LXIX, preferindo consagrar a expressão abuso de poder a excesso de poder. E ainda, apostilado no artigo 5º da lei processual paulista (Lei 10.177/98)⁴.

Agustín Gordillo tem posição firmada sobre o tema: “*el vicio del acto no deriva de que esté en su decisión contraviniendo una prohibición expre-*

sa del orden jurídico, sino de que há llegado a ella por caminos distintos de los que el orden jurídico prescribe”.

Um dos méritos da teoria do desvio de poder é resgatar a dimensão axiológica da vinculação administrativa, ou seja, ao cumprimento da lei devem ser observado os valores que a constituem.

Assim, o desvio de poder é fundamento para anulação do ato administrativo viciado e difere dos demais vícios por investigar a intenção subjetiva do agente, saber se o móvel do autor do ato administrativo é o mesmo do legislador que o elaborou, embora o ato seja perfeito. E através desse exame concluir ou não pela sua legalidade.

Na prática, as fundações privadas de apoio ao ensino superior se utilizam dos privilégios condizentes às fundações públicas, 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 privado ou de direito público de acordo com a conveniência ou favorecimento. Assim, a estrutura se livra dos entraves, ao mesmo tempo que se apropria do que há de melhor nas duas formas de regime jurídico, que são distintas.

Tampouco podemos concordar com o argumento levantado em debate de que o fato de haver importe de recursos públicos nas fundações privadas não acarreta para as mesmas a necessidade de prestar contas ao Tribunal de Contas.

É certo que parcela da receita das fundações privadas advém de fontes públicas - Secretarias de Estado, prefeituras, bancos públicos, etc – além da utilização da infra-estrutura pública e de recursos humanos para o pleno desenvolvimento de suas atividades.

As receitas originárias provenientes de recursos públicos e a dependência do pleno desenvolvimento de suas atividades ao serviço público 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, liminando ao mesmo tempo 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.

Não podemos nos escusar de afirmar que 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 públicos⁵.

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 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 especializadas, conjugam as vantagens na dispensa de certames licitatórios, evadindo-se mais uma vez, de regras legais e morais que lhes 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 às fundações privadas, com prerrogativas ilegítimas, em prol de benefícios particulares.

Quanto ao problema debatido no Seminário realizado, para os defensores da idéia de que, em relação às fundações privadas de apoio ao ensino superior, o problema se resolveria com a regulamentação de sua atuação, não acompanhamos essa idéia necessariamente. Não nos parece inconveniente tal regulamentação por hipótese, mas tampouco defendemos essa necessidade.

Na esfera federal, há a Lei 8.958/94 que regula as relações entre as fundações de apoio e as universidades públicas federais, que é auto-aplicável, independe de qualquer outra regulamentação. Já na esfera estadual, não temos a correspondente lei.

Olhamos com desconfiança a necessidade de regulamentação. Isto porque a falta de compromisso em assumir de fato os princípios normativos como amparo pleno para as decisões judiciais, e um enfrentamento sério sobre a questão da interpretação do direito pela comunidade jurídica,

acaba por exigir a elaboração de um sem número de leis que atinjam todo o contingente possível de situações concretas.

Como isso já é, em tese, impossível de ser realizado, aliado ao fato de que a velocidade do surgimento de novas relações que demandem um regulamento não acompanha a velocidade com que elas podem ser elaboradas seguindo o trâmite processual previsto, acarretam um descrédito de que as leis possam dar conta de amparar os direitos e garantias dos indivíduos.

Acreditamos que o Direito possui seus próprios instrumentos de controle e que não necessite recorrer, a cada nova situação, a uma nova normatização.

A lei como pletora é motivo de descrédito da sua autoridade. A quantidade de leis que regulam toda e qualquer matéria se afasta do espírito de universalidade da lei e favorece as particularidades, causando diferenciação entre os semelhantes, e assemelhando os desiguais.

Por essa razão não defendemos necessariamente o dever de regulamentar, que pode até mesmo causar confusão maior, se em desacordo com as leis hierarquicamente superiores e princípios e normas constitucionais. Tanto é assim que a proposta de regulamentação existente para a Lei 8.958/94 é escandalosa e ilegal, permitindo a completa promiscuidade de recursos públicos, que de longe não podemos sustentar sua constitucionalidade.

Os defensores da necessidade de regulamentação acreditam que essa também é a forma ideal de colocar termo à discussão travada no seio das universidades públicas, em relação à cobrança de cursos nas instituições, que são realizados sob o argumento da diferenciação entre ensino regular, especialização, extensão, etc. Outras oportunidades tivemos de nos posicionar ante tal disparate jurídico, não pretendendo aqui resgatar os dispositivos constitucionais e da Lei de Diretrizes e Bases que afastam com clareza essa possibilidade, de que o ensino em estabelecimentos oficiais de ensino superior possa ser cobrado. O ensino é gratuito, seja lá a qualidade que se pretenda conjugar a ele.

A tentativa de utilizar o subterfúgio lingüístico por parte dos administradores das universidades públicas, ao assumirem essa defesa, causa, para dizer o mínimo, curiosidade e espanto. É necessário esclarecer ao corpo docente das nossas universidades públicas o que é ensino? Não imaginávamos algum dia, nós, operadores de direito, que nos caberia definir aos mesmos o que é. Imaginamos a preocupação da sociedade pela tarefa delegada.

Assim, tal recurso argumentativo sofre pena de desmoralização e termina por transferir para as mãos dos juristas, e mais de perto, para nossos Tribunais a conceituação de ensino, se é que era necessária. Ora, situação *sui generis* essa em que é preciso regulamentação para dizer aos docentes o que é ensino.

Encerrando nossas ponderações, não podemos também deixar de mencionar que os cargos administrativos ocupados pelos docentes os transformam não apenas em servidores públicos, mas em administradores públicos, responsáveis pela *res publica*, e como tais lhes aproveita as regras de probidade administrativa, como a qualquer administrador público.

Pelo que discorremos, resta claro que a diversidade de situações concretas combinadas com uma complexa rede de relações que se irradiam a partir da Administração Pública, exige, dentro do Estado Democrático de Direito, o fortalecimento de novas formas de controle de legalidade.

Muitos expedientes vêm sendo utilizados no Direito Administrativo para ludibriar a lei, por meio da própria lei. Desnecessário dizer que, em especial no atinente à Administração Pública, devemos estar ainda mais atentos. Uma boa forma de se controlar a legalidade nessas situações é por meio do controle de finalidade, já que, por vezes, o ato administrativo aplicado no caso concreto encontra respaldo na lei, muito embora veja seu objetivo desatendido.

O desvio de poder envolve falseamento da realidade, por vezes, malícia requeintada da autoridade prolatora do ato, o que exige das autoridades judicantes especial atenção aos elementos do fato e a relação entre o fato e o texto legal. Essa deve ser a orientação de nossos tribunais, não se atendo exclusivamente aos aspectos externos, para que, através do exame dos fatos, possa apurar o comportamento desvirtuado e assim exaurir sua função jurisdicional, o que requer um exame menos temeroso da legalidade substancial dos atos administrativos.

Notas

¹ Mello, Celso Antonio Bandeira de – Revista de Informação Legislativa a 28, n. 110. abr/jun 1991. p. 206

² (Curso de Direito Administrativo, 13^a ed., Malheiros, 2000, p. 77)

³ Ob, citada, p. 362/364

⁴ “A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige”

⁵ 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 abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público (g.n.)

Fundações privadas

x

Universidade pública

**Parecer jurídico sobre a legalidade
de vincular cargos executivos da Universidade
às direções de fundações “de apoio”**

PARECER JURÍDICO

Consulta-nos a Associação dos Docentes da Universidade de São Paulo – ADUSP/S. Sind. sobre a legalidade de docente pertencente a quadro da Universidade, no exercício de chefia administrativa, ocupar, obrigatoriamente, cargo em fundação privada de apoio ao ensino superior, em razão de decisão administrativa da Universidade, ou em razão de ato institutivo da fundação privada.

A consulta foi motivada em virtude de ter-se tomado conhecimento de vínculo formal estabelecido entre os cargos públicos de chefia administrativa da USP e os cargos diretivos das fundações de apoio, em especial, inicialmente, Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo (FUSP) e a Fundação de Apoio à Faculdade de Educação da USP (FAFE).

Para essa análise é importante compreender qual a natureza jurídica de uma fundação e qual a natureza jurídica da relação do servidor público com a entidade pública administrativa. Nesse diapasão, é mister saber o liame jurídico que vincula os cargos dos docentes da Universidade de São Paulo que exercem chefia administrativa dos cargos diretivos das fundações, para podermos avaliar a legalidade desse vínculo.

Temos como ponto de partida que fundação é “a atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social”, leciona Caio Mario da Silva Pereira¹. Em outras palavras, é uma dotação patrimonial para um fim especial.

Os bens, via de regra, são objetos de direito. Contudo, no caso das fundações, passaram a ser sujeitos de direito, já que foi atribuída uma personalidade a um acervo de bens, que somente 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 o patrimônio.

¹ Pereira, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil – vol. I, 2ª edição, Ed. Forense, nº 62

As fundações podem ser públicas ou privadas, interessando-nos para o objeto desta análise, no momento, estas últimas, haja vista serem privadas as fundações de apoio ao ensino público superior. Assim, afastamos as demais considerações.

As fundações privadas, por sua vez, se caracterizam doutrinariamente por terem origem na vontade dos particulares; fins geralmente lucrativos; finalidade de interesse particular; liberdade de fixar, modificar ou extinguir os próprios fins; liberdade de se extinguir; e sujeição a controle negativo ou simples fiscalização.

Sem adentrar no mérito se fundações de apoio possam ser realmente caracterizadas estritamente como privadas, estudo que já realizamos outrora, é certo que uma fundação privada é instituída pela vontade de particulares, que devem elaborar, por meio de instrumento particular de vontade, o estatuto da fundação. Esse instrumento particular deve ser lavrado em Tabelião de Notas e sua escritura pública registrada em cartório de registro de pessoas jurídicas, devidamente autorizada pelo Ministério Público do Estado.

Uma vez tecidas essas brevíssimas considerações gerais sobre fundações privadas, observamos que o estatuto da Fundação de Apoio à Faculdade de Educação da USP (FAFE) estabeleceu um vínculo compulsório entre ocupantes de cargo da Administração Pública – servidor público da USP – e um órgão diretivo² da entidade privada.

Em seu artigo 12, o estatuto da FAFE trata da constituição de seu Conselho Curador:

“Art. 12 - “O Conselho Curador, órgão normativo, deliberativo e de controle da Administração, será composto dos seguintes membros:

I – o Diretor da Faculdade de Educação;

II – o chefe de cada departamento;

III – 01 representante de cada departamento da FEUSP;

IV – 01 professor da USP, externo à FEUSP;

V – 01 membro externo à Universidade de São Paulo.

Parágrafo 1º - O presidente do Conselho Curador será eleito dentre os membros do Conselho, em votação secreta;

Parágrafo 2º - os membros referidos nos incisos III, IV e V

² Entre os órgãos diretivos compreendem-se a Diretoria Executiva e o Conselho Curador.

serão escolhidos pela Congregação, por maioria absoluta dos seus integrantes reunidos em sessão especialmente convocada para tal finalidade.(...)”

Também no estatuto da Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo (FUSP), também uma fundação privada, no artigo 12 daquele diploma, encontram-se estabelecidos os membros do Conselho Curador (grifos nossos):

“Art. 12 – O Conselho Curador, órgão normativo, deliberativo e de controle da administração, compõe-se de 9 (nove) membros, a saber:

I – o reitor da USP, que será seu presidente nato;

II – 5 (cinco) designados pelo reitor, 3 (três) dos quais deverão ser docentes dessa Universidade;

III – 3 (três) serão eleitos pelo *Conselho Universitário* da USP, dos quais, no mínimo 2 (dois) *deverão ser membros de seu Conselho Universitário (...)*”

Convém saber que, dentre os órgãos das fundações, ao Conselho Curador compete exprimir e expressar a vontade dos instituidores da fundação, zelando interna e externamente para que as finalidades sociais sejam efetiva e fielmente observadas e cumpridas. Todos os seus componentes devem possuir, necessariamente, capacidade e independência para debater e decidir os temas de sua competência, ademais da afinidade acadêmica, pessoal, ou profissional, com as finalidades da fundação.

De acordo, então, com os artigos dos referidos estatutos das fundações, como vimos, os mesmos estabeleceram competência e deveres para o reitor, diretor, chefe de departamento e conselheiros do órgão colegiado da mais elevada hierarquia da USP para exercerem atividades em pessoa jurídica privada alheia à Administração Pública.

Por sua vez, as atribuições conferidas pelos citados estatutos das fundações privadas aos ocupantes de cargo público no exercício de chefia administrativa da USP não aparecem entre o elenco de competências dos mesmos no desempenho de suas atividades na Universidade. Vejamos.

Dispõe o artigo 42 do Estatuto da USP:

“Artigo 42 - Ao Reitor compete:

I - administrar a Universidade e representá-la em juízo ou fora dele;

- II - zelar pela fiel execução da legislação da Universidade;
 - III - convocar e presidir o Conselho Universitário;
 - IV - superintender todos os serviços da Reitoria;
 - V - baixar o orçamento da Universidade e as transposições orçamentárias, e aprovar as aberturas de crédito;
 - VI - nomear os Pró-Reitores, os Prefeitos dos campi, os Diretores das Unidades, dos Museus e dos Institutos Especializados;
 - VII - estabelecer e fazer cessar as relações jurídicas de emprego do pessoal docente e não-docente da Universidade;
 - VIII - exercer o poder disciplinar;
 - IX - cumprir e fazer cumprir as decisões do Conselho Universitário, de suas Comissões e dos Conselhos Centrais;
 - X - exercer quaisquer outras atribuições conferidas por Lei, pelo Estatuto, bem como pelo Regimento Geral.
- Parágrafo único - É facultado ao Reitor delegar ao Vice-Reitor atribuições constantes do presente artigo.”

Ainda, o artigo 46 do Regimento Geral da USP:

- “Art. 46 - Ao chefe do Departamento compete:
- I - convocar e presidir as reuniões do Conselho do Departamento, com direito a voto, além do de qualidade;
 - II - representar o Departamento na Congregação e no CTA;
 - III - exercer o poder disciplinar, sobre os membros dos corpos docente, discente e dos servidores não-docentes, no âmbito do Departamento;
 - IV - providenciar a elaboração do relatório anual das atividades do Departamento, submetendo-o à aprovação do Conselho do Departamento;
 - V - supervisionar e orientar as atividades do pessoal docente, técnico e administrativo do Departamento;
 - VI - zelar pela regularidade do ensino das disciplinas ministradas pelo Departamento;
 - VII - zelar pelo cumprimento da legislação referente aos regimes de trabalho do corpo docente;
 - VIII - exercer as demais atribuições que lhe forem conferidas por este regimento e pelo regimento da Unidade.”

Por fim, sobre a competência do Conselho Universitário da USP, o artigo 16, parágrafo único do Estatuto da USP trata:

“(…)

Parágrafo único - Ao Conselho Universitário compete:

- 1 - traçar as diretrizes da Universidade e supervisionar a sua execução;
- 2 - estabelecer, periodicamente, as diretrizes de planejamento geral da Universidade, nelas compreendidas as de caráter orçamentário, para atendimento de seus objetivos, identificando as metas e as formas de alcançá-las;
- 3 - planejar, acompanhar e avaliar o desenvolvimento de todas as atividades da Universidade, provendo meios para seu aperfeiçoamento;
- 4 - fixar anualmente o número de vagas para o concurso vestibular;
- 5 - elaborar e emendar o Regimento Geral da Universidade;
- 6 - aprovar os Regimentos dos Conselhos Centrais e das Unidades;
- 7 - aprovar outros Regimentos específicos, elaborados pelas suas Comissões, para as atividades universitárias que, a seu critério, ainda não estejam regulamentadas nos termos deste Estatuto;
- 8 - emendar o presente Estatuto por aprovação de dois terços da totalidade de seus membros;
- 9 - homologar as indicações de Pró-Reitores feitas pelo Reitor;
- 10 - aprovar o orçamento da Universidade elaborado pela Comissão de Orçamento e Patrimônio;
- 11 - deliberar sobre a criação de cargos de Professor Doutor e de Professor Titular;
- 12 - conferir títulos de Doutor *honoris causa* e de Professor Emérito, prêmios e outras dignidades universitárias;
- 13 - deliberar, por dois terços da totalidade de seus membros, sobre a criação, incorporação e extinção de Unidades, órgãos de Integração e órgãos Complementares;
- 14 - deliberar sobre a alienação do patrimônio imóvel da USP, sendo, neste caso, necessário voto favorável de dois terços de seus membros;
- 15 - exercer quaisquer outras atribuições, decorrentes de Lei,

deste Estatuto, bem como do Regimento Geral, em matéria de sua competência”.

Logo, da leitura dos dispositivos destacados sobre competência do reitor, chefe de departamento e conselheiro do CO, não se vislumbra entre todo o rol de suas respectivas atividades e obrigações, o zelo por fundações quaisquer que sejam.

Não há dispositivo legal, incluindo-se estatuto e regimentos da USP, que estabeleça tal competência à atuação dos servidores públicos. Em outras palavras, as atribuições conferidas pelos estatutos das fundações aos servidores não advêm de disposição legal, e os servidores públicos devem obediência estrita ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo. Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello: “É, em suma, a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei”³, é a completa subordinação da atividade administrativa às leis. O autor corrobora, ainda na mesma obra, a observação de Renato Alessi que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.

Assim, o servidor público não deve obediência aos estatutos de instituição privada, senão que as leis que regem a atividade administrativa.

Por outro lado, oportuno mencionar que a inclusão de mais essa tarefa nesse rol de atribuições estatutárias não teria qualquer cabimento, não podendo ser contemplado pela Administração, haja vista ser pessoa jurídica privada estranha à Universidade. Por óbvio, a mesma não tem competência legal para regulamentar atividades de entes alheios a ela.

Assim, a administração, representação ou controle de uma fundação privada não se encontra entre as competências legais do Reitor da USP, dos chefes de departamento e do Conselho Universitário.

Não se tratando de encargo afeto ao reitor ou aos chefes que ocupam cargos administrativos por lei e, no caso das universidades que possuem autonomia administrativa constitucional, seus estatutos e regimentos, não é área de atuação dos membros do quadro da Universidade, independente de se tratar de área afim ou de interesses da autarquia.

³ Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª edição, p. 71

Nesse passo, todo o servidor ocupante de cargo de chefia administrativa na USP, chefe de departamento, diretor, reitor, são servidores públicos, e têm suas 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”

A dúvida aqui suscitada pela consulente encontra resposta cabal. Não se pode, para além dos deveres e competências funcionais estabelecidas pelo Estatuto e Regimento da USP, para o cargo em que o servidor foi nomeado, atribuir-lhes atividades outras, salvo a expressa exceção. No caso, as atividades em associações, sociedades civis, bem como fundações, mesmo que regidas pelo regime jurídico de direito público, são alheias e estranhas ao cargo público, posto que entidades estranhas à Universidade.

Também o artigo 243 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo esclarece o problema, não deixando margem à interpretação, já demonstrando a preocupação com o conflito de interesses que tais situações podem acarretar (grifos nossos):

“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;*

II – *participar da gerência ou administração de empresas bancárias ou industriais, ou de sociedades comerciais, que mantenham relações comerciais ou administrativas com o Governo do Estado, sejam por este subvencionadas ou estejam diretamente relacionadas com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado;*

III - *requerer ou promover a concessão de privilégios, garantias de juros ou outros favores semelhantes, federais, estaduais ou municipais, exceto privilégio de invenção própria;*

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;”

Não podemos deixar de fazer o destaque neste momento que cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, de acordo com a própria definição do artigo 4º da Lei 10.261/68 (Estatuto dos servidores públicos civis do Estado de São Paulo). Agente público, por sua vez, segundo a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta” (Direito administrativo, 11ª ed., Jurídico Atlas, p. 416).

Nesta altura, embora seja de hialina evidência, em relação à obediência funcional, importa compreender a natureza e a força vinculante da relação jurídica existente entre servidores públicos/Estado e particulares/fundação privada.

Vimos que a relação particular/fundação privada ocorre por meio de instrumento particular de instituição de vontades, que se aderem para o mesmo fim. De outro modo, a relação que liga o Poder Público e os titulares de cargo público não é de índole contratual, mas estatutária. Em outras palavras, é o Estado quem detém o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores. A própria Constituição Federal e leis outorgam aos servidores proteção e garantias para lhes assegurar uma atuação imparcial, técnica e liberta de ingerências que ocupantes transitórios do Poder possam impor muitas vezes para benefícios pessoais ou sectários.

De tal modo verificamos que o liame existente entre FAFE/USP, bem como FUSP/USP, se deve exclusivamente em virtude do estatuto das fundações, repita-se, instrumento particular de vontades, diferentemente da relação existente entre servidor público e Administração Pública. Assim, as relações jurídicas estabelecidas num e noutro caso têm natureza completamente diversas e não se misturam, não podendo ser afetadas reciprocamente.

Nesse sentido, os chefes na Administração Pública no exercício de suas atividades, não têm dever funcional algum para com as obrigações que uma instituição privada lhes impõe, haja vista que o estatuto das fundações privadas não tem o condão de impor obrigações a servidores públicos, seja em cargo administrativo ou não, até mesmo em razão da incompatibilidade legal existente, como vimos no artigo 243 da lei 10.261/68. Os servidores públicos só têm obrigações em atividades a eles designadas legalmente e não por convenção de terceiros.

Em comum com os que defendem a possibilidade do acúmulo de funções em fundação e universidade, está o pressuposto óbvio, ao menos quanto à forma, de que se trata de fundações privadas, o que permite acolher os argumentos acima esboçados com tranquilidade. E não poderia ser diferente, haja vista que quem defende esse acúmulo tem todo o interesse em defender o regime jurídico privado propriamente dito das fundações, posto que se fosse reconhecido o vínculo jurídico de natureza pública dessas entidades, o acúmulo de cargos, vedado constitucionalmente, estaria deflagrado.

Vale dizer, 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 (grifos nossos):

“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 abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público*”

Da forma como hoje são constituídas as fundações, 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.

Contudo, lembramos que a questão ora em tela argüida pela consulente, embora resvale no tema, não versa sobre a legalidade em se ocupar os dois cargos em ambas as instituições, que, embora não seja o objeto dessa análise, defendemos sua ilegalidade e antes ainda, a falta de ética nessa atuação. Trata-se, em suma, de questionar a legalidade em se vincular as atividades dos servidores públicos na atuação da fundação de apoio.

Já dissemos anteriormente que as fundações de apoio são pessoas jurídicas privadas, instituídas por particulares e que, mesmo compostas pelos próprios docentes da universidade, não pertencem à autarquia. Decorre do teor de alguns de seus estatutos aqui revelados, a ampliação da competência dos servidores públicos, por meio de forma ilegal, pois os deveres ali impostos não são de competência estatutária dos servidores, como vimos.

Essa distorção é um exemplo típico do perigo tantas vezes alardeado sobre a relação promíscua que se estabeleceu entre o regime privado e o público das fundações de apoio e o da Universidade pública, respectivamente.

A distorção e a improbidade administrativa decorrente dessa relação aqui denunciada se evidenciam na Ata de reunião especial da Congregação da Faculdade de Educação da USP de 25/09/2003, que se realizou para eleger a composição do Conselho Curador da FAFE!! Trata-se de órgão colegiado de uma Unidade da USP que se reúne com os recursos da Universidade para ato ordinário de entidade privada estranha à USP!!

Essa distorção faz cair por terra os argumentos dos que defendem a própria existência da fundação de apoio alegando que se tratam de entes distintos, que não se confundem, podendo atuar em colaboração. Ora, tal liame estabelecido pela FAFE e FUSP, e quaisquer outras fundações que assim se constituíram, subordinando os servidores públicos a seus interesses, revela toda a confusão dessa relação, onde atos decisórios da fundação são tomados em reuniões ordinárias e extraordinárias dos colegiados da Universidade, ocupando tempo, recursos e espaço público.

A ilegalidade desse vínculo resta ainda mais evidente por propiciar a coincidência ilegal entre os dois pólos de em um mesmo contrato, ou convênio, quando firmado. Vejamos, dispõe o artigo 16 do estatuto da FAFE:

“Art. 16 – Ao presidente do Conselho Curador, compete:

I – representar a Fundação em juízo ou fora dela
(...)”

Ora, no caso da FAFE, o presidente do Conselho Curador pode até mesmo ser o diretor da Faculdade, que ao firmar convênio com a Fundação, terá responsabilidade administrativa sobre os atos da Universidade, ou seja, a responsabilidade pelo zelo da *res publica* deverá recair sobre ele. Tem responsabilidade judicial e extrajudicial sobre os atos administrativos. Ao mesmo tempo pode ser o responsável em juízo pelos atos da Fundação. Figura, assim, em termos de responsabilidade e representatividade legal em ambos os pólos, contratante e contratado, no mesmo contrato. 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. É no mínimo passível de discussão no terreno da ética.

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 fundacional 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 (art. 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, que não são atividades-fim ou atividades-meio da Universidade.

Para melhor visualizar a impossibilidade dessa acumulação, a despeito de que existem determinados cargos, como o de reitor que, em razão das atribuições a eles cometidas, estão impedidos de exercerem outra função, mesmo na órbita privada, trazemos à colação o exemplo de José Eduardo Sabo Paes⁴: membro do Ministério Público, detentor de cargo de procurador-geral de justiça vem a integrar o Conselho de uma fundação de direito privado, na condição de seu presidente. O autor destaca as várias impropriedades neste caso, dentre elas a de que por ser chefe da instituição ministerial nos estados, tem incumbências de caráter representativo e decisório. Já as atividades de conselheiro, presidente ou diretor de uma fundação de direito privado, por integrarem e representarem judicialmente e extrajudicialmente uma fundação de direito privado, são acompanhadas e fiscalizadas pelo órgão do Ministério Público competente. Assim, ocorre que o chefe de órgão que integra a Administração Pública tem como função, em atribuição afeta por lei, fiscalizar o outro órgão privado que ele representa, em sinal evidente do impedimento.

Mutatis mutandi, esse é exatamente o caso dos servidores que integram cargos públicos em posição de chefes de departamento, diretores, reitor, e conselheiros do CO da Universidade de São Paulo que ao mesmo tempo são membros de Conselho Curador ou Administrativo de fundação.

Em conclusão, respondendo em síntese à consulta formulada, o cargo do agente público não pode estar associado, bem como as suas atividades,

⁴ Fundações e Entidades de Interesse Social, 5ª edição, Brasília Jurídica, p. 322 - “Das incompatibilidades ou impedimentos para integrar o Conselho Curador como membro ou presidente de pessoas que exercem cargos públicos”

à fundação de apoio. O atual vínculo existente no caso da FAFE e da FUSP não foi determinado por decisão da Universidade, não se encontrando entre as competências legais dos servidores, mas por força de instrumento particular, que não pode subordinar agentes públicos a ele.

Ainda, o acúmulo dessa dupla atividade não encontra amparo legal, nem em razão de ato institutivo da fundação privada, tampouco por decisão administrativa de órgão colegiado. Ao contrário, tal prática é coibida, como vimos no estatuto dos servidores públicos, também entre as normas e princípios da Administração Pública e nos atos normativos da própria Universidade, incorrendo o servidor em ato de improbidade administrativa. Assim, o fato do estatuto da fundação impor obrigações ao servidor ocupante de cargo de chefia administrativa, não o exime da ilegalidade dessa forma de atuação, podendo vir a sofrer punição disciplinar, que pode ser, de acordo com a gravidade, desde uma repreensão até a demissão do serviço público.

Outrossim, consoante artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil:

“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Pelo exposto, conclui-se em síntese que:

1. Nenhum servidor público pode ter seu cargo, bem como as atividades que desempenha afetas ao serviço público, vinculado e/ou subordinado a uma fundação de apoio.
2. Fundações privadas não têm o condão de impor obrigações a servidores públicos.
3. O servidor público ocupante de cargo de chefia administrativa na Universidade, enquanto nesta condição, não pode ao mesmo tempo ocupar cargo diretivo em fundações de apoio.
4. A Universidade não tem competência legal para incluir entre suas normas estatutárias e regimentais obrigações a seus servidores para exercerem atividades para pessoa jurídica estranha à Universidade.

É o entendimento.

São Paulo, 26 de agosto de 2004
Lara Lorena Ferreira

Esta e as outras publicações da Adusp
estão disponíveis na íntegra no site

www.adusp.org.br