

**ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**REVISTA DE DIREITO  
DA  
PROCURADORIA-GERAL**

57

2003

**PUBLICAÇÃO DO CENTRO  
DE  
ESTUDOS JURÍDICOS**

**Governadora: ROSINHA GAROTINHO**

**Procurador-Geral: SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES**

dúvida em consignar a data da **Abertura do Inventário**, porque, no caso em apreço, existia **Testamento**. Assim, não existindo no impresso nenhum lugar ou referência para se consignar a data da **Distribuição do Processo**, como é do conhecimento geral que existindo testamento, muito embora o inventário tenha dado entrada na Distribuição na mesma data, processa-se em primeiro lugar o Testamento para, em seguida, processar-se o Inventário.

4 – Aliás, prevendo essa situação anômala, a Suplicante esclareceu isso na peça vestibular, em anexo, pois, **por uma razão de prazo**, não seria justo ser penalizada por um atraso que não ocorreu.

5 – Pelas razões, suso mencionadas solicita a Suplicante o reembolso da quantia excedente que pagou.

Termos em que

Pede e Espera Deferimento

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2001

**Ney Caldas Brandão**  
Adv. Insc. 8804

Processo nº E—04/141393/01

**VISTO**

De acordo com as conclusões da promoção de fls. 35/41 do Procurador do Estado André Luiz Cid Maia, chancelado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Sucessões, Dr. Carlos Callage, que, apoiado em remansosa jurisprudência, entendeu ser exigível, a multa de 10% sobre o imposto de transmissão *causa mortis*, cuja abertura de inventário não foi requerida no trintídio legal, sendo irrelevante a distribuição do testamento em tempo hábil para fins de sustar a incidência da multa.

Ao Gabinete Civil, com vista à Secretaria de Estado de Fazenda.

Rio de Janeiro, 13 de março de 2002

**FRANCESCO CONTE**  
Procurador-Geral do Estado

**COORDENADORIA GERAL DO SISTEMA JURÍDICO**  
**Parecer nº 03/2002 – Hugo Travassos Sette Camara**

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2002.

*Natureza jurídica das fundações de apoio - convênio guarda-chuva celebrado pelas Secretarias e entidades do Estado do Rio de Janeiro com a Fundação PRO UNIRIO - natureza contratual dos instrumentos acessórios - inaplicabilidade da hipótese de dispensa prevista no art.24, inciso XIII da Lei nº 8666/93 - necessidade de procedimento licitatório para contratação da PRO UNIRIO – nulidade dos ajustes já celebrados.*

Este parecer objetiva analisar a adequação dos inúmeros ajustes, celebrados por Secretarias do Estado e entidades da Administração Indireta estaduais, com a Fundação de Apoio à Universidade do Rio de Janeiro - Fundação PRO UNIRIO, levando-se em conta a negativa de renovação de credenciamento da citada fundação pelo Ministério da Educação e Cultura/MEC e as conseqüências daí advindas.

**1. Um histórico do caso**

Através de duas notícias publicadas no Jornal do Brasil, no ano passado, tomou-se ciência da contratação da fundação supra pelo Estado do Rio de Janeiro, através da Secretaria de Estado de Educação/SES, com base na hipótese de dispensa prevista no art.24, inc.XIII, da Lei nº 8666/93, mesmo sem ter a fundação obtido a renovação do credenciamento junto ao Ministério da Educação, requisito exigido pela Lei nº 8958/94 para sua contratação direta. Noticiou-se ainda que o descredenciamento havia motivado o Município do Rio de Janeiro a declarar a inidoneidade da PRO UNIRIO e a nulidade das avenças até então celebradas por suas Secretarias e entidades.

Em razão de tais reportagens, enviamos à Universidade do Rio de Janeiro o Ofício de nº 113/2001-CGSJ, indagando qual o vínculo daquela universidade federal com a fundação PRO UNIRIO, e se o descredenciamento de fato havia ocorrido.

A Procuradora Geral da UNIRIO nos respondeu através do Ofício PG nº 033/2001, esclarecendo que trata-se de fundação privada, na forma do previsto no Código Civil, constituída como **fundação de apoio** da UNIRIO, por ela contratada por dispensa de licitação (art.24, inc.XIII da Lei nº 8666/93) para viabilizar projetos de ensino, pesquisa e extensão, de interesse da universidade, nos termos do art.1º da Lei nº 8958, de 1994.

Em sua narrativa, prossegue afirmando que a Reitoria da UNIRIO recebeu informação do Ministério da Educação e Cultura, através do

Ofício nº 3268/01-GAB/SESU/MEC, datado de 07 de março de 2001, sobre o indeferimento do pedido de renovação do credenciamento da PRO UNIRIO. Esta informação motivou a denúncia do convênio firmado com a universidade para desenvolvimento dos projetos supra-mencionados, fato que foi divulgado às demais instituições de ensino superior e à Provedoria de Fundações desta comarca.

O recurso administrativo interposto pela fundação de apoio foi denegado, confirmando-se no âmbito administrativo seu descredenciamento, por ter se desvinculado das finalidades para a qual foi criada, ao desenvolver atividades não relacionadas com o ensino, a pesquisa e a extensão, tudo nos termos do Ofício nº 05/2001-GAT/SESU/MEC/MCT, enviado à Universidade do Rio de Janeiro.

Numa clara demonstração de que a UNIRIO não mais possui qualquer ligação com a Fundação PRO UNIRIO, informou a Procuradora Geral que o Magnífico Reitor requereu à Provedoria de Fundações do Ministério Público a instituição de uma nova fundação de apoio para a universidade e a alteração de denominação da antiga fundação de apoio.

Finalmente, o Município do Rio de Janeiro, através do Decreto nº 2003, de 01/06/01, declarou a inidoneidade da PRO UNIRIO para contratar com os órgãos e entidades municipais, em razão do mencionado descredenciamento e das irregularidades apontadas no Relatório da Auditoria Geral da Controladoria Geral do Município.

Face às informações retro, solicitamos a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, através do Ofício Circular nº 05/2001 – CGST, de 12/09/2001, que nos científicasse sobre a existência de quaisquer ajustes – contratos, convênios ou outros acordos – celebrados com a Fundação PRO UNIRIO, enviando as fotocópias desses ajustes em caso afirmativo.

Após dezenas de respostas, constatou-se que possui convênio/contrato/acordo de cooperação técnica com a citada fundação pelo menos quatorze entidades do nosso Estado:

- dentre as Secretarias de Estado, a de Saúde/SES, Planejamento, desenvolvimento Econômico e Turismo/SEPDET, de Fazenda/SEF, de Administração e Reestruturação do Estado/SARE, de Segurança Pública/SSP e de Educação/SEE.
- dentre as autarquias e fundações públicas, a Fundação Escola do Serviço Público/FESP, o Instituto de Assistência do Estado do Rio de Janeiro/IASERJ, a Fundação Centro de Informações do Estado do Rio de Janeiro/CIDE, o Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro/IPERJ e a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro/JUCERJA.
- dentre as empresas públicas e sociedades de economia mista, a Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro/EMOP, o Instituto Vital Brasil S.A. /IVB e a Companhia Estadual de Habitação do Rio de Janeiro/CEHAB.

Esses órgãos e entidades do Estado celebraram ajustes denominados de acordo de cooperação técnica ou convênio de cooperação, com instrumentos em separado para definir os serviços prestados pela PRO UNIRIO e sua remuneração, estes fundados no art.24, inc.XIII do Estatuto Licitatório e no art.1º da Lei n. 8958, de 1994.

## 2. Da natureza jurídica das fundações de apoio

A Fundação PRO UNIRIO, assim como as demais fundações de apoio à instituições federais de ensino superior, possui personalidade jurídica de direito privado, não se confundindo com as fundações públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público. Trata-se da pessoa jurídica regulada nos arts. 24 a 30 do Código Civil, um conjunto de bens dotado de determinada finalidade a que se dá personalidade jurídica, cabendo ao Ministério Público a fiscalização do atendimento desta finalidade.

Não se está aqui, portanto, tratando de uma das entidades da Administração Indireta, consagrada na Constituição da República em diversos artigos (22 inciso XXVII, 71 incisos II e III, 165 §5º e incisos I e III, 169 e parágrafo único), e objeto do estudo do Direito Administrativo. As fundações de apoio só interessam a este ramo do Direito, assim como as demais pessoas jurídicas privadas, quando celebram acordos ou ajustes com entes federados ou entidades de direito público.

Dessa forma, embora as fundações de apoio não sejam diretamente sustentadas pelo Poder Público, mantém com as entidades públicas um vínculo convencional/contratual, eis que com elas costumam celebrar acordos para a realização de atividades ligadas ao ensino, à pesquisa e ao desenvolvimento institucional. Pode-se afirmar que são indiretamente financiadas pelo Poder Público através das verbas percebidas no bojo desses acordos.

Sem a percepção das verbas advindas dos ajustes, muitas dessas fundações de apoio não teriam mesmo como sobreviver, face à exiguidade de seu patrimônio. Mais especificamente quanto à PRO UNIRIO, consta do seu estatuto o patrimônio inicial de apenas R\$120,00 (cento e vinte reais).

O fundamento legal para as relações entre as fundações de apoio e as instituições federais de ensino superior e de pesquisa situa-se na Lei nº 8958, de 20-12-94, que estabelece as regras pertinentes, deixando claro seu caráter híbrido. Reproduzimos abaixo seus principais comandos:

*“Art. 1º As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento*

*institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.*

*Art. 2º As instituições a que se refere o art. 1º deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro, e sujeitas, em especial:*

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

*II - À legislação trabalhista;*

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

*Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:*

*I - Observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;*

*II - Prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;*

*III - Submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;*

*IV - Submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.*

*Art. 4º As instituições federais contratantes poderão autorizar, de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente, a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações referidas no art. 1º desta lei, sem prejuízo de suas atribuições funcionais.*

*§ 1º A participação de servidores das instituições federais contratantes nas atividades previstas no art. 1º desta lei, autorizada nos termos deste artigo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, podendo as fundações contratadas, para sua execução, concederem bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão.*

*§ 2º É vedada aos servidores públicos federais a participação nas atividades referidas no caput durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuada a colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos*

*de sua especialidade, de acordo com as normas referidas no caput.*

*§ 3º É vedada a utilização dos contratados referidos no caput para a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou atender necessidades de caráter permanente das instituições federais contratantes.*

*Art. 5º. Fica vedado às instituições federais contratantes o pagamento de débitos contraídos pelas instituições contratadas na forma desta lei e a responsabilidade a qualquer título, em relação ao pessoal por estas contratado, inclusive na utilização de pessoal da instituição, conforme previsto no art. 4º desta lei.*

*Art. 6º. No exato cumprimento das finalidades referidas nesta lei, poderão as fundações de apoio, por meio de instrumento legal próprio, utilizar-se de bens e serviços da instituição federal contratante, mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução do projeto de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de efetivo interesse das instituições federais contratantes e objeto do contrato firmado entre ambas".*

Situam-se, assim, como um *tertium genus*: possuem natureza jurídica de direito privado, constituem-se na forma do Código Civil, são reguladas pela lei trabalhista e sofrem a fiscalização do Ministério Público; mas percebem rendas públicas, sujeitando-se ao controle do Tribunal de Contas e da entidade pública financiadora, podem se utilizar mão-de-obra e bens da própria instituição pública de ensino e são credenciadas pelo Ministério da Educação e Cultura.

Ocorre que, num desvirtuamento de suas finalidades, as fundações de apoio tem celebrado convênios e contratos não apenas com as instituições federais de ensino superior para cujo apoio foram criadas, mas com quaisquer entidades da Administração Indireta, inclusive de diferentes esferas da Federação, e para a prestação de serviços sem qualquer ligação com as áreas de ensino e pesquisa.

Tome-se como exemplo a Fundação PRO UNIRIO, que possuía ajustes celebrados com o Município do Rio de Janeiro - até que foi declarada sua inidoneidade - e ainda possui acordos de cooperação celebrados com quatorze Secretarias e entidades da Administração Indireta do nosso Estado. Mas não é a única, podendo-se citar ainda a Fundação de Apoio ao CEFET/FUNCEFET e a Fundação de Apoio do Centro de Ciências Matemáticas e da Natureza da Universidade Federal do Rio de Janeiro/FCCMN, igualmente contratadas, sem licitação, por entidades do nosso Estado.

No item seguinte examinaremos qual a natureza jurídica dos acordos celebrados com a PRO UNIRIO, incluindo o instrumento principal e seus acessórios.

### 3. Da natureza contratual dos ajustes celebrados com a Fundação PRO UNIRIO

#### 3.1. Quanto aos acordos de cooperação técnica.

Na maior parte das vezes, o ajuste celebrado entre a fundação de apoio em questão e as entidades fluminenses são denominadas "Acordo de Cooperação Técnica para Desenvolvimento Institucional, Científico e Tecnológico", ou "Convênio de Cooperação Técnica, Científica e Cultural", ou ainda "Termo de Cooperação Técnica". Assim como o protocolo de intenções e o tradicionalmente chamado convênio guarda-chuva, tais acordos não possuem indicação precisa do objeto, recorrendo a uma enunciação genérica e pouco objetiva.

A primeira cláusula destes ajustes, ao tentar definir o objeto, refere-se vagamente a "programas de cooperação, intercâmbio e desenvolvimento científico e tecnológico", realizado através de "trabalhos de interesse das partes e de terceiros, tendo em vista a complementariedade de recursos humanos e materiais, a sua notória especialização e a natureza bilateral das atividades desenvolvidas, estabelecida a coordenação geral dos projetos e sua operacionalização física e financeira".

A celebração desses acordos de cooperação não implica, por si só, na execução de quaisquer atividades ou no repasse de verbas públicas, como observou o Ilustre Procurador do Estado José Carlos Tavares Sarmiento<sup>1</sup>, ao comentar acordo de cooperação celebrado com a PRO UNIRIO:

*"Na verdade, não estão presentes as condições para a formação de um convênio, seja por falta de requisitos indispensáveis à conclusão do mesmo, seja pela sua própria intenção, que visa apenas estabelecer condições preliminares para futuros ajustes entre as partes, seja por meio de aditivos, seja por meio de convênios, como aliás resta disposto na cláusula Segunda do referido instrumento".*

Deve-se observar, todavia, que a celebração de tais instrumentos pode ser utilizada como mecanismo de fraude do princípio de licitação obrigatória, pois suas disposições genéricas são concretizadas por termos aditivos e propostas de serviço com a mesma empresa integrante do convênio guarda-chuva, sem qualquer preocupação com sua prévia seleção através do procedimento licitatório.

Por vezes, a única avença que é remetida para exame da Assessoria Jurídica da entidade pública é o acordo de cooperação ou protocolo de intenções, que, ao receber sua chancela, dá azo à elaboração dos demais

<sup>1</sup> Parecer n° 11/99 - JC/PSP.

instrumentos acessórios.

Para evitar tal procedimento, o Procurador do Estado já mencionado assentou, no mesmo parecer, que "o instrumento futuro que, devido à natureza que vier a tomar (convênio, ato aditivo com natureza de convênio ou contrato), deverá obedecer fielmente para o disposto na lei 8666/93, devendo ser consultada, novamente, esta casa, antes de cada ajuste estipulado no acordo".

#### 3.2. Quanto aos instrumentos jurídicos celebrados com base no acordo de cooperação técnica.

Como se afirmou anteriormente, a fixação concreta das atividades a serem realizadas e da verba necessária para seu financiamento se dá através de outros ajustes, sob a denominação de termos aditivos, convênios, propostas de serviço ou mesmo de contratos.

Apesar das diversas denominações, a natureza jurídica de tais instrumentos se resumirá à tradicional dicotomia convênios/contratos. Essa é a próxima questão a ser enfrentada, pois implicará na necessidade ou não de prévio procedimento licitatório.

As Secretarias e entidades da Administração Indireta Estadual que celebraram com a Fundação PRO UNIRIO termos aditivos, convênios ou contratos, todos acessórios ao Acordo de Cooperação, o fizeram com objetivo semelhante: em sua maior parte, visou-se obter a prestação de serviços na área de informática, em troca de determinada remuneração.

Através desses instrumentos, a Fundação vem prestando consultoria e assessoria técnica para criação de cadastro eletrônico, implantação de rede de comunicação de dados, suporte técnico ao sistema informatizado de material e atividades assemelhadas.

Portanto, tais termos aditivos, propostas de serviço e convênios, celebrados com base no Acordo ou Termo de Cooperação Técnica, caracterizam-se pela existência de interesses divergentes e opostos: o recebimento do preço, por parte da fundação de apoio, e a prestação dos serviços de consultoria e assessoria no campo da informática, por parte das Secretarias e entidades públicas estaduais.

Igual conclusão consta de parecer prolatado pela Ilustre Procuradora Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres<sup>2</sup>, ao analisar convênio firmado pela Secretaria de Estado de Transportes com a Fundação de Apoio ao CEFET/FUNCEFET:

*"A existência de uma remuneração a ser paga pelo Estado à FUNCEFET pelos serviços que vier a prestar na execução do PROMOTRANS já demonstra, claramente, o desvirtuamento do negócio escolhido. Trata-se, na verdade, de um típico contrato administrativo de prestação de serviços."*

Não se trata, portanto, de convênio, ainda que se destaque a

<sup>2</sup> Parecer n° 04/2000 - MCGST/PSP.

inexistência de finalidade lucrativa na PRO UNIRIO. Mesmo ausente a intenção de obter lucros, o interesse em perceber a contrapartida dos serviços persiste com o propósito de proporcionar uma remuneração indireta aos servidores públicos das instituições de ensino superior que prestam tais serviços.

A já citada Lei n° 8958 não deixa dúvidas a respeito, visto que o art.4° possibilita que servidores das instituições de ensino participem das fundações de apoio, recebendo, para tanto, uma remuneração que é legalmente denominada de “bolsa de pesquisa, ensino e extensão”.

Essa realidade não escapou à Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>3</sup> :

*“Porém, há que se lembrar que esses “particulares” são servidores públicos que tem interesse na instituição do ente de apoio, até para terem outra fonte de renda que complemente os parcos, às vezes ridículos, salários pagos pelos cofres públicos.*

(...).

*A própria situação dos servidores públicos que trabalham nesses entes de apoio resvala com a ilegalidade e a imoralidade. Embora, literalmente, não acumulem cargos, empregos ou funções, porque uma das entidades em que prestam serviços é particular, na realidade os vencimentos que recebem da entidade pública e o salário que recebem do ente de cooperação são, em última análise, oriundos dos cofres públicos”.*

Observa a doutrinadora que o Tribunal de Contas da União<sup>4</sup> também se pronunciou nesse sentido, acusando as fundações de apoio de fraude gestão da coisa pública, “tanto quando aplica recursos orçamentários duas vezes sobre uma mesma finalidade, como pelo interesse escuso que desperta nos agentes públicos envolvidos, de ter acesso a uma complementação financeira por via oblíqua, ou de viabilizar a admissão de recursos humanos, a compra e a estocagem de materiais longe dos controles oficiais, embora às custas de verba pública.”

A percepção da remuneração indireta, sob a denominação de “bolsas de ensino, pesquisa e extensão”, é uma realidade nos ajustes celebrados com a PRO UNIRIO, prevista no item 1.3., alínea “d” do Acordo de Cooperação Técnica firmado com diversas entidades estaduais. Encontra previsão, outrossim, no próprio Estatuto da fundação – art.2°, parágrafo 7°- para beneficiar empregados, servidores e outras pessoas vinculadas às partes do contrato.

Observe-se ainda que tais “bolsistas”, muitas vezes, realizam atividades típicas dos cargos de caráter permanente nas entidades públicas, inclusive de fiscalização e controle de legalidade, como na Secretaria de Estado

<sup>3</sup> Parcerias na Administração Pública, 3ª ed., São Paulo: Atlas, p.217.

<sup>4</sup> Decisão publicada no Diário Oficial da União de 25-11-92, Seção I, p. 16.302 a 16.305.

de Saúde, em que atuam como Assessores Jurídicos<sup>5</sup>.

Ausente o interesse comum e convergente característico dos convênios, conclui-se que os instrumentos celebrados com a Fundação em tela, fundados no convênio guarda-chuva, são verdadeiros contratos administrativos. Mais uma vez, cita-se o escólio de Di Pietro<sup>6</sup> :

*“Outro aspecto a assinalar é que os acordos de cooperação celebrados com as entidades de apoio têm mais a natureza de contratos do que de convênios; seriam contratos de prestação de serviços ou, mais especificamente, contratos de gestão, sendo que os serviços prestados são remunerados por meio de taxa de administração.*

*Sendo contratos, não poderiam ser firmados sem licitação, a menos que se demonstrasse a ocorrência de uma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade prevista na Lei n° 8666”.*

Isso leva à análise da viabilidade jurídica de contratação direta da mencionada fundação, com base na hipótese de dispensa prevista no art.24, inc.XIII do Estatuto Licitatório, nestes termos:

XIII – Na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

#### 4. Da contratação direta da PRO UNIRIO com base no inc.XIII do art.24 da lei de licitações

Essa hipótese de dispensa de licitação é comumente mencionada, assim como o art.1° da Lei n° 8958, de 1994, nos instrumentos que concretizam o Acordo de Cooperação Técnica, o que reafirma seu caráter contratual.

Vários requisitos devem ser cumpridos para que a Administração Pública possa optar pela realização do procedimento licitatório ou pela contratação direta da instituição, dispensando a licitação.

De acordo com o estatuto da PRO UNIRIO, trata-se de instituição brasileira, sem fins lucrativos, e com amplo objeto social, abrangendo a pesquisa, o ensino e o desenvolvimento institucional.

Mas isto não é suficiente para a dispensa de licitação, eis que

<sup>5</sup> Trataremos desta questão mais a frente.

<sup>6</sup> Obra citada, p.217.



Ihe falta a inquestionável reputação ético-profissional e a prestação de atividade realmente ligada ao ensino e a pesquisa, como se verá.

#### 4.1. Inquestionável reputação ético-profissional

A expressão legal, ao contrário do que se poderia supor a uma primeira análise, não pode ser relegada à discricionariedade do administrador público contratante, que decidiria pela contratação direta conforme a conveniência e oportunidade. Trata-se, se tanto, de conceito jurídico indeterminado, que é passível de aferição através de dados objetivos, como a declaração de bons serviços prestados emitida pelas entidades contratantes, a conquista de prêmios por seu bom desempenho, etc.

Atente-se para os comentários de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>7</sup> quanto ao requisito:

*“Não raro, vislumbra-se que são confundidos conceitos das pessoas físicas que criaram a entidade com essa própria, ou então, o que é pior, confunde-se reputação ético-profissional com a ausência de comentários depreciativos sobre uma entidade. São coisas bastante distintas: exige a lei “inquestionável reputação ético-profissional”, sendo insuficiente a ausência de comentários negativos, ou a existência simultânea de fatores positivos e depreciativos com prevalência dos primeiros (...)”.*

Em suma, só possui inquestionável reputação ético-profissional a instituição que goza de excelente conceito no seu campo de atuação, sem que haja qualquer evento desabonador de sua imagem perante a comunidade.

Ora, a lista de fatores depreciativos da PRO UNIRIO é considerável, e sua reputação foi mais que questionada, como lembraremos a seguir.

O simples descredenciamento pelo Ministério da Educação já elide o requisito legal, visto que um das condições para o credenciamento das fundações de apoio é justamente a comprovação de inquestionável reputação ético profissional. É o que dispõe a Portaria Interministerial nº 2089, de 05/11/1997, do Ministério da Educação e do Desporto:

*“Art.2º. O requerimento de registro e credenciamento da Fundação de Apoio deverá ser instruído com os documentos, originais ou em cópias autenticadas, comprobatórios das seguintes condições:*

*I – Finalidade não lucrativa e exercício gratuito das funções de direção e de participação dos órgãos de deliberação coletiva, comprovados mediante versão atualizada do Estatuto;*

<sup>7</sup> Contratação Direta sem Licitação, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, p.238.

*II – Regularidade fiscal, comprovada por intermédio das certidões expedidas pelos órgãos públicos competentes;*

*III – Inquestionável reputação ético-profissional, atestada ou declarada por autoridade pública ou pessoa jurídica de direito público”.*

Mas o descredenciamento trouxe outras conseqüências que abalaram a reputação da Fundação. Por ter desenvolvido atividades não relacionadas com o ensino, a pesquisa e a extensão, a Universidade do Rio de Janeiro denunciou o convênio que mantinha com a PRO UNIRIO, dando ciência às demais instituições públicas do fato.

A UNIRIO também pleiteou junto ao Ministério Público a mudança de nome de sua antiga fundação de apoio, demonstrando a todos que não mais queria se vincular de nenhuma forma a ela.

Por fim, ao ser informado do descredenciamento, e levando em consideração irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria Geral da Controladoria Geral do Município – RAG nº 026/2000-E, o Município do Rio de Janeiro declarou a inidoneidade da mencionada Fundação e a nulidade de todos os contratos firmados com as entidades da Administração Municipal.

Por todos os fatos acima elencados, não há qualquer dúvida que a Fundação PRO UNIRIO não possui inquestionável reputação ético-profissional. Perdeu seu credenciamento com o Ministério da Educação e Cultura, foi declarada inidônea pelo Município do Rio de Janeiro e foi deixada de lado até mesmo pela instituição de ensino superior que compunha sua denominação.

Em razão desses fatos, o Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro/DETRAN, através de ato do seu Presidente, suspendeu as propostas de serviço com a Fundação pela falta de adequação ao art.24, inc.XIII da Lei nº 8666/93.

Mas o desatendimento desse requisito não é o único fator impeditivo de sua contratação sem anterior procedimento licitatório.

#### 4.2. Objeto do contrato ligado ao ensino e a pesquisa

Segundo a melhor doutrina, para a utilização da hipótese de dispensa prevista no inc.XIII do art.24 da lei de licitações, não basta que a instituição possua objeto social relacionado à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. Faz-se mister, ainda, que os serviços prestados no contrato possuam relação com esse objeto social.

É imprescindível, repita-se, que a instituição seja contratada para atuar nessas áreas, pois, se assim não fosse, bastaria que se criasse uma fundação com diminuto patrimônio inicial e finalidades ligadas ao ensino e pesquisa, para que pudesse celebrar quaisquer contratos com a Administração

Pública para a realização dos serviços mais diversos, tudo isso sem preocupar-se com o procedimento licitatório prévio.

Coaduna-se com este entendimento o magistério de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>8</sup>:

*“A atividade poderá inclusive nem ser a pesquisa, havendo compatibilidade com o objeto. (...) Busca-se uma correlação entre as instituições e o objeto do futuro contrato, embora a lei expressamente não o exija (...)”.*

Trata-se de outro requisito não preenchido pela PRO UNIRIO e, eis que, como anteriormente exposto no item 3.2. deste parecer, as atividades exercidas caracterizam-se como consultoria e assessoria técnica ligada à informática, alheias, portanto, às áreas de ensino e pesquisa. Lembre-se que o descredenciamento da fundação, segundo informação da Procuradoria Geral da UNIRIO, decorreu justamente do desenvolvimento de atividades não relacionadas ao ensino, pesquisa e extensão.

Por esse motivo, tal Fundação celebrou contratos até com empresas estatais, como a Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro/EMOP e a Companhia Estadual de Habitação/CEHAB, e não firmou qualquer ajuste, por exemplo, com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ e o Centro de Ciências do Estado do Rio de Janeiro/CECIERJ, instituições criadas para o fomento do ensino e pesquisa.

O Tribunal de Contas da União<sup>9</sup> já tratou da questão, ao examinar contrato celebrado entre a Universidade Federal de Santa Catarina e sua fundação de apoio, para a prestação de serviços de informática, sob a vaga denominação de “assessoramento técnico especializado voltado para o desenvolvimento institucional”. Nesta ocasião, o TCU decidiu pela impossibilidade de dispensa de licitação com base no art.24, inciso XIII, do Estatuto Licitatório, pelos seguintes argumentos trazidos pelo Ministro Relator:

*“Evidencia-se, portanto, que os serviços objeto do contrato são serviços corriqueiros da área de informática, nada tendo a ver com pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. Assim, pretender a incidência do inc. XIII do art.24 da Lei nº 8666/93 ao caso implicaria desnaturar a finalidade que motivou a inserção desse dispositivo na lei, pois sua interpretação lógica conduz inexoravelmente à conclusão de que não basta que o contratado seja instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, é necessário que o objeto a ser contratado tenha a ver com essas atividades. No caso,*

<sup>8</sup> Obra citada, p.234.

<sup>9</sup> Decisão nº 252/99, publicada no Diário Oficial da União de 27.05.1999, Processo TC 012.700/96-7.

*está demonstrado o completo distanciamento entre o serviço contratado e as atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, não se podendo admitir a dispensa de licitação com base no inc. XIII”.*

Ao analisar minuta de contrato a ser celebrado entre a Fundação Escola do Serviço Público e a Fundação PRO UNIRIO, o Ilustre Procurador do Estado Guido Antonio Sucena Maciel<sup>10</sup> também afastou a incidência da hipótese de dispensa supra-citada:

*“Ora, a aquisição de material de informática – que, pelo menos em termos de custo, seria o aspecto preponderante do Contrato – não se encontra, com efeito, dentro do serviço de especialidade da Fundação PRO UNIRIO.*

*Por esta razão, entendemos que não se poderia aplicar ao caso presente a norma contida no art.24, inc.XIII, da Lei nº 8666/93, uma vez que ela só dispensaria a licitação no caso de a contratação dar-se para obter serviço de especialidade da entidade contratada”.*

A questão não se resume, todavia, à prestação de serviços de informática. Em algumas hipóteses, a prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica pela PRO UNIRIO resulta mesmo em locação de mão-de-obra, para ocupar atividades de necessidade permanente da entidade pública, suscetíveis de concurso público para provimento.

A contratação da fundação de apoio para tal finalidade não apenas viola o mandamento constitucional inserto no art.37, inc.II, mas também afronta a vedação contida no art.4º, §3º da Lei nº 8958/94, como decidiu o Tribunal de Contas da União<sup>11</sup> quanto à Universidade Federal da Paraíba e sua fundação de apoio:

*“De outra parte, essas instituições federais contratantes podem, também, autorizar a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações sem prejuízo de suas atribuições funcionais. No entanto, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei nº 8.958/94, é vedada a utilização dos contratados para a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou atender necessidades de caráter permanente das instituições federais contratantes”.*

<sup>10</sup> Parecer nº 05/99 – GASM.

<sup>11</sup> DC-0268-30/01-1, Ministro Relator Iram Saraiva, Publicação no DOU de 10/09/2001.



Pior é a situação quando tais atividades permanentes referem-se à fiscalização e controle interno da legalidade dos atos da Administração Pública, hipótese de tercerização sem amparo jurídico, pois tais atividades devem ser exercidas por servidores públicos. Assim opinou Marcos Juruena Villela Souto<sup>12</sup>:

*"Temos sustentado que, como regra, a terceirização dos serviços jurídicos não é admitida, eis que envolve funções essenciais à Justiça, devendo ser prevista na estrutura dos órgãos e entidades da Administração. A substituição de um corpo permanente de advogados concursados por um grupo temporário pode levar a uma parcialidade na atividade de controle de legalidade inerente à advocacia pública (considerando, aí, o trinômio Planejamento-Execução-Controle)".*

Essa situação tem lugar, por exemplo, na Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde, pois verifica-se, nos procedimentos licitatório dos anos de 1999 e 2000, manifestações da lavra de "bolsistas" da PRO UNIRIO, tecendo considerações jurídicas sobre editais, contratações diretas, etc.

Também na Secretaria de Estado de Educação foi celebrado contrato com a PRO UNIRIO para suprir a carência de assessores jurídicos. A hipótese foi analisada pelo Ilustre Procurador do Estado J. M. A. Velloso<sup>13</sup>:

*"Respondendo ao indagado entendo que a atividade de consultoria jurídica nos órgãos que integram a administração é atividade fim, que só pode ser exercida pelos funcionários investidos na função à qual é a mesma legalmente atribuída.*

(...).

*Diga-se, aliás, que conforme o §3º do art.4º da Lei Federal nº 8958/94 que dispôs sobre as "fundações de apoio" entre as quais se qualifica a PRO UNIRIO, a intenção é a de que não sejam essas entidades utilizadas para suprir necessidades de pessoal permanente das entidades da administração contratante, o que de resto seria artifício para burlar a exigência constitucional do concurso público".*

Finalmente, em outras hipóteses a participação da PRO UNIRIO é almejada pela entidade pública como meio de escapar ao rigoroso regime publicístico, como se vislumbra dos termos aditivos ao Acordo de Cooperação Técnica celebrado com a Secretaria de Estado de Saúde – SES. Nesses instrumentos, dispõe-se que caberá à fundação a realização de

<sup>12</sup> Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.272.

<sup>13</sup> Parecer nº 60/00/JAV/PSP/PGE.

"recebimentos, contratações, conveniamentos, pagamentos, indenizações, reembolsos, ressarcimentos, aquisições, alienações e locações", para a implantação de determinados programas de interesse da Secretaria.

Esta situação não escapou ao escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>14</sup>:

*"Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última; só que quem arrecada toda a receita e a administra é a entidade de apoio. E o faz sob as regras das entidades privadas, sem a observância das exigências de licitação para celebração de contratos e sem a realização de concurso público para admissão de seus empregados. Essa é a grande vantagem destas entidades: elas são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público".*

Opinião semelhante foi trazida por Marcos Juruena Villela Souto<sup>15</sup>, ao analisar minuta de convênio a ser celebrada entre o Estado do Rio de Janeiro, a UFRJ e a fundação de apoio BIORIO:

*"De fato, o que se busca é um intermediário que faça contratação de bens e serviços sem licitação ou concurso e sem tratamento orçamentário no âmbito da entidade conveniada".*

O Tribunal de Contas da União<sup>16</sup> repudiou convênio celebrado pela Universidade Federal do Paraná com sua fundação de apoio pela mesma razão:

*"Sobre a primeira questão, verifica-se que os serviços prestados pela referida Instituição ao Hospital de Clínicas da UFPR (aquisição de materiais e contratação de serviços), com amparo nos Convênios nºs 74/80 e 51/82 e Termo de Ajuste nº 04/81, firmados entre a UFPR e a mencionada Fundação, são de natureza eminentemente administrativa, ocorrendo, de fato, a transferência da prática de atos de competência exclusiva daquela Unidade, com o objetivo de alcançar a flexibilidade administrativa de que não dispõe.*

*Acredito que procedimentos da espécie devam ser sustados, ante a absoluta ausência de amparo legal,*

<sup>14</sup> Obra citada, p.216.

<sup>15</sup> Parecer nº 71/97 - MJVS.

<sup>16</sup> DC - 0293-25/95 - P. Publicação no DOU de 24/07/1995, p. 11042.

*considerando-se, ainda, que a Lei nº 8.958, de 20.12.94, ao disciplinar o relacionamento entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio a essas instituições, não autorizou contratações dessa natureza”.*

Em suma, o objeto dos contratos administrativos celebrados com a fundação de apoio em tela não se refere às áreas de ensino e pesquisa, de modo que se encontra ausente também esse requisito do art.24, inc.XIII da Lei nº 8666/93.

#### 5. Da conclusão

Em resumo, até este momento, afirmou-se o seguinte:

- a Fundação PRO UNIRIO é uma fundação de apoio, pessoa jurídica de direito privado, criada na forma do Código Civil para realizar atividades relacionadas ao ensino e pesquisa, em benefício das instituições de ensino superior da União, na forma da Lei nº 8958/94.
- essa Fundação tem celebrado avenças com entidades públicas no Estado do Rio de Janeiro através de um convênio guarda-chuva, que é concretizado através de termos aditivos, propostas de serviço, convênios ou até contratos.
- ao celebrar esses ajustes acessórios, pretende a PRO UNIRIO auferir a contraprestação dos serviços prestados, outorgando remuneração indireta aos servidores da universidade federal através das “bolsas” de ensino e pesquisa, daí resultando a natureza contratual desses instrumentos.
- não é cabível a utilização do inc.XIII do art.24 da lei de licitações para dispensar a realização de prévio procedimento licitatório, pois a Fundação não possui inquestionável reputação ético-profissional, e os serviços por ela prestados não se referem ao fomento do ensino e pesquisa.

Desatendida a exigência constitucional de prévio procedimento licitatório, conclui-se pela nulidade de todos termos aditivos, convênios, propostas de serviço e contratos celebrados por Secretarias de Estado e entidades da Administração Indireta com a Fundação PRO UNIRIO, e fica vedada a contratação da mencionada fundação, com base no art.24, inc.XIII, da Lei nº 8666/93, pelas razões já expostas.

Juntamente com a declaração de nulidade dos acordos acima mencionados, poderá a entidade estadual, se preenchidos os requisitos do inc.IV do art.24 da Lei nº 8666/93<sup>17</sup>, efetivar a contratação por emergência de uma nova empresa, selecionada após pesquisa de preço envolvendo pelo menos três propostas. Deverão, ainda, tais entidades iniciar procedimento licitatório, ou, nas hipóteses em que a PRO UNIRIO foi contratada para suprir a ausência de Assessores Jurídicos, realizar concurso público para provimento desses cargos.

Quanto aos acordos ou convênios de cooperação técnica, opinamos por sua extinção, pois seria inócua sua permanência face à

<sup>17</sup>Se a paralisação do serviço prestado pela PRO UNIRIO puder “ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens”, respeitado o prazo máximo de 180 dias.

impossibilidade de celebrar os instrumentos acessórios que lhe atribuem concretização.

À superior consideração.

**HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA**

Procurador do Estado

#### VISTO

Aprovo o bem lançado Parecer nº 03/2002-HTSC, de 05 de abril de 2002, de lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA (fls. 03 a 23), chancelado pela Ilustre Procuradora-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, Dra. CLÁUDIA DE AZEVEDO (fl.24), esteado em diversos pronunciamentos precedentes desta Procuradoria, que aferiu vários aspectos de ilegalidade na celebração de atos negociais com a Fundação PRO UNIRIO, devendo a declaração da nulidade de tais ajustes ser sucedida da imediata abertura de procedimentos licitatório ou de concurso público, nos termos das conclusões do duto Parecerista.

Retornem os autos à Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico para o escopo de se proceder à ciência dos Órgãos Locais e Setoriais do Sistema Jurídico Estadual quanto ao Parecer ora aprovado e às medidas jurídico-administrativas que devem ser tomadas em sua observância.

Rio de Janeiro, 06 de maio de 2002.

**MÁRCIA LATGÉ MANNHEIMER**

Subprocuradora Geral do Estado