



XV COLÓQUIO INTERNACIONAL DE GESTÃO UNIVERSITÁRIA – CIGU

Desafios da Gestão Universitária no Século XXI

Mar del Plata – Argentina

2, 3 e 4 de dezembro de 2015

ISBN: 978-85-68618-01-1

CONTRATOS/CONVÊNIOS COM FUNDAÇÕES NAS IFES BRASILEIRAS: ELEMENTOS DE DESPESA E EXÉGESE DA LEI 8.958/94

ALUÍSIO MARIO LINS SOUTO

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

aluisiosouto@gmail.com

ANA FLÁVIA LINS SOUTO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

anaf.lins@gmail.com

MÁRCIO FLÁVIO LINS DE ALBUQUERQUE E SOUTO

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

marciofls@gmail.com

ANA CAROLINA MONTEIRO LINS DE ALBUQUERQUE E SOUTO

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

anacarolinacmonteiro@hotmail.com

MÁRCIA DE LOURDES LINS SOUTO

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

marcialinssouto@hotmail.com

FRANKAIO NUNES GOMES

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

kaio_nunes87@hotmail.com

RESUMO

Irregularidades em Acórdãos relativas à relação jurídica entre Universidades Federais e suas Fundações de Apoio são registradas hodiernamente. O objetivo deste estudo é identificar as cautelas necessárias pelo gestor das Instituições Federais de Ensino na celebração de convênios e contratos com o órgão público e as Fundações de Apoio no Brasil. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, cuja busca foi realizada em setembro de 2015. Analisou-se artigos científicos publicados em periódicos da área jurídica. É possível considerar que o planejamento estratégico por parte do gestor em identificar quais ações serão executadas perante a própria instituição e realizar os diversos atos preparatórios para garantir a devida efetivação dos recursos são imprescindíveis para a devida execução financeiro-orçamentária dadas as limitações jurídico-contábeis estabelecidas na lei 8.958/94 desde a MP495/10.

1 INTRODUÇÃO

Desde o final do século XX observa-se o crescimento do que convencionou designar doutrinariamente (MARQUES NETO, 2010) por Terceiro Setor, numa interação simbiótica com os dois setores tradicionais, quais sejam, o primeiro setor, relacionado à origem e destinação dos recursos públicos, correspondente às ações do Estado, ou o poder público de maneira geral, e o segundo setor, relativo à iniciativa privada, marcada pela aplicação dos recursos destinado a alcançar resultados intitulados como lucro.

Define-se por Terceiro Setor (Justen Filho, 2012) pela atuação pública não-estatal, formada a partir de iniciativas privadas, voluntárias, sem fins lucrativos, com o intuito de fomentar ação de interesse social relevante. Tal conceituação não é restritiva e remete a um conjunto diversificado de instituições, no qual se incluem organizações não governamentais, fundações públicas ou privadas, associações comunitárias, entidades assistenciais e filantrópicas, cooperativas, além de diversas instituições sem fins lucrativos.

É inegável que as organizações do terceiro setor se relacionam a inúmeros projetos sociais e de diversas naturezas, inclusive de ordem científica e tecnológica, e hodiernamente é cada vez mais importante o apoio por programas governamentais através de parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor (DI PIETRO, 2013), assim como da relação deste com empresas.

Como reflexo de uma tendência mundial, as parcerias do Estado e do Mercado com o Terceiro Setor se manifestam como ações implementadas de forma mais produtiva, eficiente e a um custo menor, pelo menos, ao realizado pelo governo (ARAÚJO,2009), isso em razão, principalmente, pelo know-how de gestão social (ARAÚJO,2009).

A interação dos três setores (Estado, Empresas e Terceiro Setor) otimiza os recursos financeiros público-privados aplicados na ação empreendida pelo Terceiro Setor, e isso é refletido na crescente quantidade de contratos realizados entre órgãos públicos, empresas e as organizações do Terceiro Setor para atender diversas ações. Segue-se a esse crescimento, em proporção semelhante, um aumento nos desvios de finalidade, objeto de controvérsias quanto a constituição de muitas dessas organizações. Na medida em que o Estado precisa agir com ações eficazes com o intuito de promover o interesse social, torna-se cada vez mais importante a implementação de mecanismos transparentes na aplicação dos recursos públicos, e o estabelecimento da cadeia de responsabilização (DURÃO,2012) dos gestores.

Durão (2012) concluiu que a responsabilização insipiente de dirigentes das entidades por desvio na aplicação de recursos públicos, junto a predominância de aspectos majoritariamente formais na análise da prestação de contas de execução de recursos de convênios ou contratos públicos ensejam um cenário pródigo ao desvio de finalidade, ou a inobservância de preceitos jurídico-contábeis provocando aumento das irregularidades na aplicação dos recursos estatais em algumas dessas organizações.

Corroborando-se com isso, como destaca (ARAGÃO, 2013) a fragilidade e precariedade do acesso às informações gerenciais e financeiras dos recursos envolvidos junto às organizações do Terceiro Setor. Nessa conjuntura de parcerias com o Terceiro Setor inserem-se as Fundações de Apoio às Instituições Federais de Ensino (IFEs) às quais receberam recursos financeiros proveniente de editais públicos de seleção para a consolidação de ações específicas. Não apenas decorrentes de recursos do Ministério da Educação, mas também dos diversos ministérios com ênfase em ações para o desenvolvimento tecnológico, ou social relevante. Tais repasses se dão em sua maioria por meio de convênio com municípios, estados, ou com a União, e pelas entidades privadas (Terceiro Setor) por intermédio das Universidades Federais.

A problemática abordada neste trabalho parte da inequívoca inobservância de preceitos jurídico-contábeis objeto de diversas irregularidades apontadas nos relatórios de auditoria realizadas pelo TCU, em detrimento das rigorosas normas estabelecidas pelo Governo Federal para a aplicação desses recursos proveniente desse tipo de parceria.

Hodiernamente, registram-se pelo TCU diversos tipos de irregularidades em seus Acórdãos relativas à relação jurídica entre Universidades Federais e suas Fundações de Apoio. Como consequência, pretende-se responder a seguinte questão de pesquisa: quais os controles jurídico-contábeis na celebração de contratos ou convênios com as Fundações de Apoio?

O objetivo geral da pesquisa é identificar quais as cautelas necessárias pelo gestor das IFEs na celebração de convênios e contratos com o órgão público e as Fundações de Apoio no Brasil, relativo a recursos financeiros públicos, mormente, na identificação de elementos de despesas públicas inerente ao devido enquadramento das ações do plano de trabalho de projetos no repasse dos recursos financeiros, e os preceitos estabelecidos pela lei 8.958/94.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Natureza Jurídica dos Contratos e Convênios Administrativos

Existem várias espécies de acordos de vontade em que o Poder Público figura como parte, com isso dificulta-se a devida compreensão de cada negócio jurídico e acarreta posicionamentos jurídicos controvertidos. É comum, por exemplo, os órgãos de controle identificarem contratos mascarados sob a forma de convênio administrativo. Nesse diapasão, é imprescindível traçar delineamentos acerca do convênio administrativo com o intuito de examinar sua natureza jurídica.

Para tanto, faz-se necessária a análise do desenvolvimento do instituto do convênio no ordenamento jurídico brasileiro, e, posteriormente, examinar sua natureza jurídica a partir de posicionamentos doutrinários existentes na temática, ressaltando os diversos parâmetros inerentes à necessária diferenciação entre o convênio e o contrato administrativo.

Tal diferenciação se faz imprescindível no presente trabalho para aferir qual a extensão de responsabilidade obrigacional nas disposições conveniais, sem a qual inviabiliza-se uma definição precisa da natureza dos acordos de vontades administrativos. A análise da natureza jurídica destes institutos, mormente o convênio, se faz importante diante das consequências jurídico-obrigacionais nos diversos momentos desde a celebração, o acompanhamento e da finalização da avença do convenial.

2.1.1 Elementos diferenciadores do contrato administrativo para o convênio

O parâmetro utilizado para diferenciar o contrato administrativo do convênio parte da análise dos elementos definidores do acordo de vontades. Para Bruch (2013) um dos elementos do acordo de vontade utilizado para diferenciar esses institutos jurídicos seria o objeto, por essa análise, o objeto do contrato seria diverso, enquanto que no contrato seria idêntico. Tal posicionamento é amplamente divergente, pois, não se identifica diferenciação

clara do objeto do contrato administrativo para o convênio. Nesse sentido, Cretella Jr.(1994) destaca que, já no direito romano, o acordo surge quando duas ou mais pessoas pactuam sobre o mesmo objeto.

Outro potencial elemento diferenciador seria o interesse, para tanto, destaca-se o posicionamento de Betti (2003) ao afirmar que o negócio jurídico privado, diferenciou o negócio bilateral em duas maneiras distintas: (a) os negócios com interesses paralelos ou convergentes; e (b) os negócios com interesses opostos ou divergentes. Conforme figura demonstrativa abaixo.

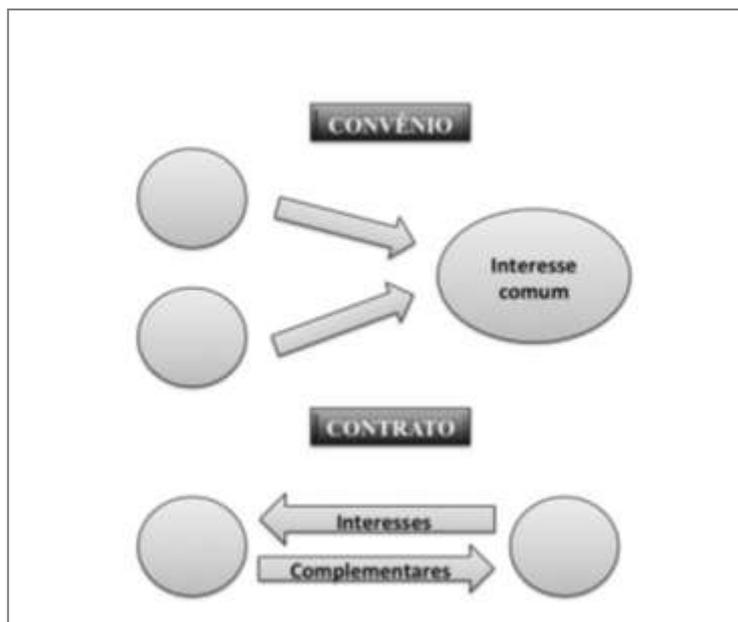


Figura 1: Modelo esquemático comparativo acerca de contratos e convênios.

Para o referido autor, o primeiro seria firmado por contrato, e o segundo com interesses paralelos ou convergentes para um escopo comum qualificar-se-ia como acordo. Coadunam-se a este posicionamento doutrinário majoritário (DI PIETRO,2013) (ARAGÃO,2013). Medauar (2014) contrapõe-se ao interesse como elemento diferenciador na medida em que a mera presença do poder público num dos polos, por si só, levaria a raciocinar que o interesse público necessariamente será o fim visado pelos convênios e contratos administrativos.

Outro elemento diferenciador seria a vinculação obrigacional (CORREIA,1999), cujo análise é eminentemente finalista, na medida em que o fato dos institutos jurídicos serem ou não espécies jurídicas distintas não consubstancia uma separação nítida quanto a natureza jurídica contratual do convênio.

A análise que parece ser mais adequada quanto a definição da natureza contratual do ajuste é acordo de vontades para formação do vínculo cujas obrigações sejam recíprocas, as quais dependem do acordo entre as partes, ou seja, não definidos diretamente em lei. Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, prevê-se que nos convênios públicos federais definem-se obrigações entre os convenientes, nos termos do art. 30 da Portaria Interministerial nº 127/2008.

2.2 Elementos de despesa no repasse de recursos públicos

Os projetos de financiamento com recursos públicos seguem uma sistemática de ordenamentos de despesas de modo que o plano de trabalho deve apresentar suas ações coadunando-as aos respectivos elementos de despesa. Segue-se quadro com os principais elementos de despesa aplicados a projetos objetos de contrato e convênios públicos:

Quadro 1: Principais elementos de despesa.

3390.18	AUXÍLIO FINANCEIRO A ESTUDANTES
18.01	Auxílio Financeiro a Estudantes. Ajuda financeira concedida pelo Estado a estudantes comprovadamente carentes e concessão de auxílio para o desenvolvimento de estudos e pesquisas de natureza científica, realizados por pessoas físicas na condição de estudante, observado o disposto no Art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 2000.
18.02	Auxílio Financeiro a Professores da SEED na Condição de Estudante.
3390.20	AUXÍLIO FINANCEIRO A PESQUISADORES
20.01	Auxílio Financeiro a Pesquisadores Apoio financeiro a pesquisadores, individual ou coletivamente, exceto na condição de estudante, no desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas, nas suas mais diversas modalidades, observado o disposto no Art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 2000.
3390.30	MATERIAL DE CONSUMO
30.02	Material de Expediente.
30.03	Material de Limpeza, Conservação e Desinfecção.
30.07	Gêneros de Alimentação
3390.33	PASSAGENS E DESPESAS COM LOCOMOÇÃO
3390.35	SERVIÇOS DE CONSULTORIA
3390.36	OUTROS SERVIÇOS DE TERCEIROS - PESSOA FÍSICA
3390.39	OUTROS SERVIÇOS DE TERCEIROS - PESSOA JURÍDICA

Fonte: Elaborado pelos autores, 2015.

O principal objetivo para tanto é a promoção de maior organização para fiscalização e transparência na aplicação dos recursos financeiros públicos, na medida em que apresenta-se uma vinculação direta entre as ações empreendidas e seu respectivo elemento de despesa. A tabela acima é exemplificativa e adaptada a partir da Resolução Conjunta SEFA/SEPL nº 003 de 30 de dezembro de 2005.

2.3 Lei 8.958/94

A lei 8.958/94 dispõe sobre as relações entre instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Com as alterações das leis 10.973/04 e 12.349/10, a intitulada lei das fundações traça diretrizes básicas na interação entre as fundações e as IFES.

A principal inovação foi introduzida pela Medida Provisória 495, convertida em lei ainda em 2010 (lei 12.349/10) consolidado no art. 1º, §4º da lei em epígrafe, destacando que:

§4º É vedada a subcontratação total do objeto dos ajustes realizados pelas IFES e demais ICTs com as fundações de apoio, com base no disposto nesta Lei, bem como

a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado.

De fato, antes da MP495/10, não era incomum o repasse de recursos financeiros públicos em sua integralidade para as fundações, muitas vezes motivados pelo envio dos valores próximo ao final do exercício financeiro, e para agravar tal situação, vinculados a apenas um elemento de despesa (33.90.39 - OUTROS SERVIÇOS DE TERCEIROS - PESSOA JURÍDICA). Desse modo, os recursos poderiam ser enviados para as fundações, evitando que os recursos financeiros, ou ainda, orçamentários não fossem utilizados pela Instituição Federal de Ensino – IFE.

Entretanto, desde a MP495/10, e posteriormente, pela lei 12.349/10, essa manobra tornou-se inviável, tendo em vista a proibição expressa no art. 1º, §4º da lei 8.958/94. Desde então, é vedado repasse em sua totalidade dos recursos financeiros públicos às fundações para um projeto ou ação específica. Ou seja, caso um projeto de pesquisa tenha sido aprovado com recursos da ordem de um milhão de reais, deve-se consolidar as ações exequíveis na própria instituição, e apenas os recursos das ações remanescentes (não exequíveis na IFE) devem ser encaminhadas para as fundações.

Tal dispositivo acabou por mitigar os repasses de recursos financeiros de origem pública para as fundações, institucionalizando o caráter complementar e residual das fundações na execução de recursos públicos. Nitidamente, as fundações que dependem financeiramente de repasses de recursos financeiros federais para a consecução de suas atividades passaram a apresentar dificuldades de manutenção.

O mesmo dispositivo legal, em sua segunda parte, permite apenas o repasse parcial de recursos financeiros públicos para fundações, acrescentando, inclusive, uma importante limitação de uso, qual seja, a impossibilidade de subcontratação pela Fundação para a execução dos recursos. O que fez com que todos os convênios celebrados após a edição da MP495/10, estivessem submetidos ao referido dispositivo legal.

Dessa forma, a *mens legis* do dispositivo em tela fez com que a atividade da fundação de apoio se restringisse estritamente ao seu objeto social, mitigando o eventual desvio de finalidade, ou ainda, a aplicação dos recursos numa ação alheia ao know-how de uma fundação de apoio à pesquisa, extensão e ensino.

3 METODOLOGIA

Optou-se pela revisão bibliográfica, com uma abordagem qualitativa. A busca dos materiais foi realizada em setembro de 2015. Em termos de tipo de fonte de pesquisa, trabalhou-se essencialmente com artigos científicos publicados em periódicos da área jurídica. Essa modalidade de produção, além de ser comumente a mais valorizada no conjunto da produção bibliográfica, é a mais facilmente acessada.

Utilizou-se, para aprofundar a discussão, outras fontes de informação, como livros, teses e dissertações. As palavras-chave empregadas para a busca foram: *fundações AND* (contrato *OR convênio*). Como critério de inclusão, selecionou-se aquelas publicações disseminadas no vernáculo português que apresentassem uma das palavras-chave no título ou resumo.

A análise foi predominantemente de cunho qualitativo, ou seja: procurou-se interpretar os sentidos das ideias centrais dos artigos. Em síntese, basicamente, foram percorridos os

seguintes passos de análise: leitura dos artigos visando a uma compreensão global; identificação das ideias centrais de cada artigo; e redação das sínteses interpretativas.

Após a análise dos conteúdos dos artigos, buscou-se estabelecer um diálogo entre as ideias centrais encontradas e a literatura que serviu de base para fundamentar o presente estudo.

4 RESULTADOS

Da hermenêutica dos dispositivos legais e posicionamentos dogmáticos apontados de que tratam dos convênios e contratos administrativos, é possível apresentar os seguintes resultados: a) convênio e contratos administrativos são institutos jurídicos distintos; b) ainda que institutos jurídicos distintos ambos apresentam natureza jurídica contratual; e, (iii) convênio e contrato são espécies do gênero acordo ou ajuste.

Ressalte-se, ainda, que o convênio tem peculiaridades próprias que permitem caracterizá-lo; entre elas, o fato de que o interesse direto e indireto deve sempre ser público, seja quando acorda com ente público ou privado, assim como é possível estabelecer obrigações recíprocas entre os convenientes.

Dessa forma, havendo estipulação de obrigações recíprocas no instrumento de convênio, possuirá natureza jurídica contratual, como consequência, é razoável inferir, entre outras peculiaridades, que suas cláusulas vinculam as partes e, cujo descumprimento acarreta sanções para a parte inadimplente.

No tocante aos elementos de despesa inatos aos projetos com recursos financeiros públicos é indevido o repasse num único elemento de despesa, seguindo a sistemática anterior a MP495/10 para repassar recursos para as fundações, em dissonância às regras jurídico-contábeis, e sem a devida especificação nos termos da Resolução Conjunta SEFA/SEPL nº 03/2005.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho expôs-se como a doutrina trata a temática acerca da diferenciação entre convênios e contratos administrativos. Destacando os principais elementos apontados pela doutrina para tal distinção, mais precisamente, relacionado ao interesse avençado no contrato ou convênio, e qual o vínculo obrigacional. Não se espera esgotar a temática da diferenciação desses instrumentos jurídicos, mas suscitar como os elementos destacados servem de parâmetro objetivo para distingui-los.

Assim, cabe ao gestor analisar o caso concreto para no caso da celebração de convênios que envolvam a transferência de recursos públicos para fundações acautelá-lo de eventual responsabilização pela execução de recursos repassados às fundações de apoio, deixando evidente a extensão da responsabilidade das partes convenientes, especialmente, no tocante a prestação de contas dos recursos repassados.

Para a devida execução de projetos com financiamento público é imprescindível o devido enquadramento das ações nos respectivos elementos de despesa. Ao longo de trabalho destacou-se tabela com os principais elementos na gestão universitária. Entretanto, tão importante quanto a esse enquadramento, é o planejamento estratégico por parte do gestor em identificar quais ações serão executadas perante a própria instituição e realizar os diversos

atos preparatórios para garantir a devida execução dos recursos. Assim, faz-se necessário o planejamento do procedimento licitatório para atender as demandas provenientes dos diversos projetos institucionais. Tal medida é imprescindível para a devida execução financeiro-orçamentária as limitações jurídico-contábeis estabelecidas na lei 8.958/94 desde a MP495/10 demandam de criatividade por parte dos gestores na consecução do interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005. Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, p. 28-38, set. 2009.

BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BRASIL. Lei nº 8.958/1994.

_____. Lei nº 10.973/2004.

_____. Lei nº 12.349/2010.

_____. Portaria Interministerial nº 127/2008.

_____. Resolução Conjunta da Secretaria da Fazenda e Secretaria de Planejamento nº 03/2005.

BRUCH, Kelly Lissandra. Convênios administrativos. Revista Discurso Jurídico Campo Mourão, v. 4, n. 2, p. 91-121, ago./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cnpt.embrapa.br/eventos/cbmp2013>>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parceria na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2013.

DURÃO, Pedro. Convênio e consórcios administrativos: gestão, teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 3, jul./ago.set. 2005. Disponível em: . Acesso em: 13 jul. 2010.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.