ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORES PF-UFES

PARECER n. 301/2024/PROC UFES/PFUFES/PGF/AGU

NUP: 23068.024453/2024-28
INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA MECÂNICA - DEM/CT-UFES
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: ANÁLISE DE MINUTA DE CONTRATO COM FUNDAÇÃO DE APOIO. LEI Nº 8.958/94. ENQUADRAMENTO: ART. 75, INCISO XV, DA LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DO CONTRATO, DESDE QUE ATENDIDAS TODAS AS RECOMENDAÇÕES FORMULADAS NESTE PARECER.

Senhor Procurador Chefe,

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de **CONTRATO** a ser celebrado entre a UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO - UFES e a FUNDAÇÃO ESPÍRITO SANTENSE DE TECNOLOGIA - FEST, tendo como objeto a regulamentação da atuação da fundação na prestação de apoio, planejamento e execução de ações que permitam a realização do Projeto de Pesquisa denominado “PROFETA-GO: Projeto de Sensor das com Fibras Ópticas de Alto Espalhamento para Aplicações Geológicas Offshore” (Sequencial 48 - Lepisma).

2. Consta na CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO: *"O presente CONTRATO tem como objeto a regulamentação da atuação da fundação na prestação de apoio, planejamento e execução de ações que permitam a realização do Projeto de Pesquisa denominado “PROFETA-GO: Projeto de Sensor das com Fibras Ópticas de Alto Espalhamento para Aplicações Geológicas Offshore”, doravante denominado PROJETO, no âmbito do TERMO DE COOPERAÇÃO Nº XXX/2024 (0050.0127285.24.9) firmado, em modalidade contratual tripartite, entre a UNIVERSIDADE e a PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS, doravante denominada EMPRESA, com interveniência da FUNDAÇÃO DE APOIO."* (Sequencial 48 - Lepisma).

3. Consta na CLÁUSULA SEGUNDA – DA VIGÊNCIA: *"O presente CONTRATO terá a duração de 36 (trinta e seis) meses a contar da data de sua assinatura. SUBCLÁUSULA PRIMEIRA: Poderá haver prorrogação caso haja necessidade de dilação do prazo de execução do PROJETO, mediante Termo Aditivo a ser aprovado previamente pela UNIVERSIDADE."* (Sequencial 48 - Lepisma).

4. Consta na CLÁUSULA TERCEIRA – DOS CUSTOS DOS SERVIÇOS CONTRATADOS: *"SUBCLÁUSULA PRIMEIRA: O valor total do presente contrato é de R$ 44.753,69 (quarenta e quatro mil, setecentos e cinquenta e três reais e sessenta e nove centavos), que corresponde ao valor da Despesa Operacional Administrativa – DOA a ser paga à FUNDAÇÃO DE APOIO para a prestação de serviços de apoio ao projeto. SUBCLÁUSULA SEGUNDA: A Despesa Operacional Administrativa – DOA para a execução e gerenciamento do PROJETO serão pagos diretamente pela EMPRESA à FUNDAÇÃO DE APOIO conforme as condições estabelecidas no instrumento jurídico indicado na Cláusula Primeira."* (Sequencial 48 - Lepisma).

5. Consta nos autos o necessário *checklist,* de exclusiva responsabilidade do assinante (Sequencial 49 - Lepisma).

6. Consta nos autos o Plano de Trabalho, como anexo ao Termo de Cooperação (Sequencial 1 - Lepisma).

7. O pedido de exame fundamenta-se no §4º do art. 53 da Lei nº 14.133/21, *in verbis: "Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos."*

8. É o Relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO.

9. A presente manifestação se fundamenta nos artigos 11, VI, "b" e 18 da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), bem como no art. 53, §4º da Lei nº 14.133/21 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

10. Salienta-se que, determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção.

11. O prosseguimento do feito sem a observância desses apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração, podendo ser superado desde que motivadamente. Todos os atos devem sempre se pautar na busca do atendimento ao interesse público.

III - ANÁLISE JURÍDICA.

DA CONTRATAÇÃO DE FUNDAÇÃO DE APOIO

12. As etapas de planejamento da contratação da Fundação de Apoio estão documentadas no Projeto Básico, anexado aos autos no Sequencial 33 que faz referência a juntada de documentos, preços, etc. Quanto ao conteúdo de tais documentos, por se tratar de matéria técnica, não cabe a esta PF-UFES avaliar. Tarefa exclusiva do corpo técnico da Administração. Certifique-se.

13. **Dessa feita, recomenda-se que o setor técnico responsável avalie a conformidade da proposta da contratação da Fundação de Apoio com o projeto básico, atestando sua regularidade, devendo ser eliminadas as possíveis contradições e incongruências.**

14. O mérito dessa documentação, elaborada e aprovada pelos setores técnicos relevantes da Administração, não será objeto de análise por esta Procuradoria, por se tratar de questões de ordem técnica, de exclusiva responsabilidade de seus assinantes.

15. Quanto à possibilidade de contratação de uma Fundação de Apoio para gerenciamento de recursos financeiros de projetos de extensão, aplicável o que dispõe o art. 1º da Lei n° 8.958/1994 e a Decisão nº. 655/2002 do Plenário do TCU e, em especial, o art. 1º do Decreto nº. 7.423/2010, *verbis:*

> *"Art. 1º A caracterização das fundações a que se refere o art. 1o da Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, como fundação de apoio a Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, é condicionada ao prévio registro e credenciamento, por ato conjunto dos Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia, nos termos do inciso III do art.2º da referida Lei e da regulamentação estabelecida por este Decreto.*
>
> *Parágrafo único. A fundação registrada e credenciada como fundação de apoio visa dar suporte a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições apoiadas e, primordialmente, ao desenvolvimento da inovação e da pesquisa científica e tecnológica, criando condições mais propícias a que as instituições apoiadas estabeleçam relações com o ambiente externo."*

16. Veja-se que essa contratação poderá ser direta, isto é, com dispensa de licitação, com amparo no art. 75, inciso XV, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021:

> *"Art. 75. É dispensável a licitação:*
>
> *(...)*
>
> *XV – para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;"*

17. Nos autos, verifica-se Ato de Dispensa e Ratificação (Sequencial 47 - Lepisma).

DA MINUTA DE CONTRATO

18. Quanto à minuta do contrato (Sequencial 48 - Lepisma), observa-se que a FEST é uma instituição jurídica de Direito Privado, que goza de autonomia financeira, patrimonial e administrativa, de interesse público e coletivo, sem fins lucrativos, com atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa e transferência de conhecimento, ao desenvolvimento institucional, tecnológico e à proteção e preservação do meio ambiente, conforme precípua o art. 1º de seu Estatuto.

19. A Fundação em comento possui papel incentivador nas atividades educacionais da UFES, sendo eleita para gerir os Contratos cujo objeto primordial é a realização de Projetos de P&D. Desta feita, a prestação de apoio não se compara à prestação de serviço, pois não subsiste qualquer interesse econômico a ser suprido. Verdadeiramente, tem por escopo a melhor atuação dos entes públicos, empregando-se mais efetividade às atividades de cunho educativo e social, no termos da Lei 8.958/1994 e do Decreto nº 5.205/2004.

20. Vem a calhar neste contexto a as lições da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que conceitua fundações instituídas pelo Poder Público como sendo:

> *"... o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos termos da lei."* (grifei)

21. O Tribunal de Contas da União vem admitindo a regularidade da situação acima descrita, desde que haja definição precisa e clara dos objetos a serem contratados com as fundações de apoio, e conexão com atividades de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional, em projetos com prazo determinado e que resultem produtos bem definidos. (Acórdãos nº 2295/2006 – P – Relação 152/2006 GAB VC, 253/2007 – P – Relação 9/2007 GAB GP, 1388/2006 – P, 6/2007 – P, 197/2007 – 2ª C,218/2007 – 2ª C, 289/2007 – P, 503/2007 – P, 706/2007 – P, 1155/2007 – P, 1263/2007 – P, 1236/2007 –2ª C, 1279/2007 – P, 1882/2007 – P, 2448/2007 – 2ª C, 2466/2007 – P, 2493/2007 – 2ª C, 2645/2007 – P,3541/2007 –2ª C, 599/2008 – P, 714/2008 –P, 1378/2008 – 1ª C, 1279/2008 – P, 1508/2008 – P,3045/2008 – 2ª C e Súmula 250 – TCU).

22. Por fim, recomendo sejam adotados os comandos determinados no ACÓRDÃO Nº 9.604/2017 – TCU – 2ª Câmara do TCU de 07/11/2017, específico para a UFES, dentre os quais, sem prejuízo de outros constantes do referido julgado:

> *"a) consoante o art. 55, inciso IV, da Lei 8.666/93, o cronograma físico - financeiro da execução do serviço é peça obrigatória do contrato com as Fundações, a ser definido em cláusula específica; assim, caso não exista nestes autos, deve ser providenciado.*
>
> *b) a transferência de recursos à Fundação contratada deve observar a compatibilidade entre os serviços executados e o cronograma físico - financeiro acordado entre as partes, o qual deve ser*

juntado aos autos.

c) é ilegal deixar de exigir a apresentação de prestações de contas parciais relativamente a contratos de gerenciamento de projetos que envolvam repasses durante a sua vigência de parcelas autônomas, independentes, entendidas como as repassadas para uma determinada fase, módulo ou período do curso (semestre, ano, etc.), tais como, por exemplo, os cursos de ensino a distância, por configurar transgressão ao art. 11, § 1º, do Decreto 7.423/2010"

23. Em relação ao preço praticado, destaque-se inicialmente o teor da Súmula nº 250 do TCU:

> TCU, Súmula nº 250 - A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

24. Além disso, é vedada a inclusão, na composição do preço, de taxa de administração pelos serviços prestados pela fundação de apoio, por falta de amparo legal, como exposto na Questão 91 da Coletânea de Entendimentos da CGU sobre Gestão de Recursos das Instituições Federais de Ensino Superior e dos Institutos que compõem a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica:

> 91 - É possível o estabelecimento de taxa de administração no plano de trabalho do projeto apoiado por Fundação de Apoio? Não, pois não há previsão legal na legislação sobre o estabelecimento de taxa de administração para essa finalidade.

25. Tal vedação, contudo, não se aplica à previsão de restituição de despesas operacionais e administrativas a serem feitas pela fundação de apoio, o que encontra respaldo no art. 10 da Lei nº 10.973/2004 e no art. 74 do Decreto nº 9.283/2018.

26. As despesas operacionais e administrativas devem ser pormenorizadas pela fundação de apoio e não podem exceder 15% do valor total dos recursos financeiros voltados à execução do projeto.

27. Note-se que taxa de administração e as despesas operacionais diferem entre si em razão do detalhamento de custos, pois a mera incidência de percentual fixo sobre a proposta de preço, desacompanhada de planilha de especificação de gastos, caracteriza a adoção de taxa de administração. É o que informa a Questão 93 da referida Coletânea de Entendimentos da CGU sobre Gestão de Recursos das IFES:

> 93 - Como podemos diferenciar na prática a cobrança de “taxa de administração” (não permitida) de “despesas administrativas” (permitidas)? A taxa de administração caracteriza-se por ser fixada em um percentual sobre o valor do instrumento, sem que haja a especificação das despesas a serem cobertas por esse valor. Por outro lado, as despesas administrativas deverão estar demonstradas no plano de trabalho, de forma que fique comprovada sua vinculação ao objeto do convênio, além da expressa autorização para que possam ser efetuadas.

28. No processo, há justificativa da compatibilidade com o preço de mercado da despesa operacional e administrativa cobrada pela fundação de apoio (Sequencial 33 - item 14).

29. Entretanto, há ainda Justificativa para ausência de orçamento, formulada no Projeto Básico (Sequencial 33 - item 14), no seguinte sentido:

> "(...)
> A realização de pesquisa de preços com apenas uma fundação de apoio se deve ao fato de que a UFES só possui uma fundação de apoio credenciada. A solicitação de pesquisa de preços de outra fundação fora do Estado pode ocasionar dificuldades na operacionalização dos serviços e compras, além de dificultar o translado caso haja necessidade de reuniões."

30. Em relação à justificativa do preço fica o registro, de qualquer modo, que essa Procuradoria Federal não entra no mérito da metodologia utilizada para detalhar o custo operacional da fundação, vez que se trata de questão técnica afeta à área de planejamento. Nesse sentido, as planilhas anexadas aos autos são de total responsabilidade da Administração da Autarquia, devendo ser observadas as orientações supra.

31. De ratificar, entretanto, sobre a responsabilidade da autarquia federal em observar, quando da execução do Contrato, as prescrições dos arts. 12 e 13 do Decreto nº 7.423/2010 (que dispõem sobre o acompanhamento e o controle em relação ao Contrato a ser firmado com a Fundação de Apoio) e do art. 117 da Lei nº 14.133/21 (que dispõe sobre o acompanhamento e a fiscalização dos contratos firmados pela Administração de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, valendo acrescentar, acerca do acompanhamento e fiscalização, que em razão do entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União através do Acórdão 1450/2011– TCU – Plenário (Ata 21/2011 – TCU – Plenário).

32. Devendo ser observado ainda pela Administração: ***"A falta de qualquer das providências acima configura conduta extremamente reprovável, que enseja a irregularidade das contas, a condenação dos gestores ao ressarcimento do dano ao erário e a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992".***

33. No que tange aos requisitos de habilitação e qualificação, a futura contratada deve demonstrar o atendimento aos requisitos de habilitação exigidos pelos arts. 67 a 69 da Lei nº 14.133/2021, os quais podem ser substituídos por registro cadastral, consoante o art. 70, inciso II, do mesmo diploma legal.

III - CONCLUSÃO.

34. Em conclusão, subtraídas análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, considerando a delimitação legal de competência institucional deste Órgão de Assessoramento, a Advocacia-Geral da União, por meio da Procuradoria Federal junto à UFES, opina pela possibilidade de celebração do presente Contrato com Fundação de Apoio (Sequencial 48 - Lepisma), desde que sejam previamente atendidas todas as recomendações formuladas neste parecer (**itens 12, 13, 22 a 27, 30 a 33**), considerando toda a fundamentação explicitada e restringindo o exame ao aspecto jurídico-formal do processo.

35. A Administração deverá observar a necessária divulgação da contratação no Portal Nacional de Contratações Públicas, nos termos do art. 94, II, da Lei nº 14.133/2021.

36. Registre-se, novamente, que não foram objeto de análise, até porque desbordam da atribuição dessa Procuradoria Federal, a conveniência e a oportunidade da contratação, nem seus respectivos aspectos técnicos, científicos e orçamentários.

37. Adotadas ou não as providências recomendadas, não incumbe pronunciamento subsequente desta Procuradoria para verificação do cumprimento das recomendações consignadas, conforme Enunciado n.º 05 do Manual de Boas Práticas consultivas da AGU, nada obstando seja formulada nova consulta com indicação de dúvida jurídica específica.

38. Este Parecer não supre a necessidade de decisão expressa da autoridade administrativa competente, nos termos do art. 48 da Lei nº 9.784/1999, pois as considerações tecidas restringem-se ao exame do aspecto jurídico-formal do processo, não adentrando nas questões técnicas, tampouco as de oportunidade, conveniência e formalização do instrumento, por não serem de competência desta Procuradoria.

À consideração superior.

Vitória, 28 de junho de 2024.

OSWALDO HORTA AGUIRRE FILHO
PROCURADOR FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em https://supersapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23068024453202428 e da chave de acesso e0842fae

Documento assinado eletronicamente por OSWALDO HORTA AGUIRRE FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1544029827 e chave de acesso e0842fae no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): OSWALDO HORTA AGUIRRE FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 28-06-2024 15:25. Número de Série: 654372557451877645764062110 80. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.