

---

# FUNDAÇÕES DE APOIO LIGADAS À SAÚDE: CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO E ANÁLISE JURÍDICA DIANTE DO VÁCUO LEGISLATIVO

---

*Juliana Helena Takaoka Bernardino*

*Advogada da União. Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduada em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário de Brasília.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza Jurídica das Fundações; 2 Caracterização do instituto e Soluções diante do vácuo legislativo em relação às Fundações de Apoio ligadas à Saúde; 3 Principais Irregularidades; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo analisar o instituto jurídico denominado Fundação de Apoio ligada à saúde. Trata-se de um ente privado que recebe grandes somas de dinheiro público, mas não é estudado em profundidade pelos operadores do direito, havendo pouca doutrina acerca deste assunto e não existindo legislação específica tratando das Fundações de Apoio ligadas à saúde. A abordagem jurídica do instituto se deu com base em leis, obras doutrinárias, artigos de revistas jurídicas e decisões do Tribunal de Contas da União. Analisou-se, assim, a natureza jurídica do instituto fundações, passando-se à análise das Fundações de Apoio ligadas à saúde, estudando-se o formato de contratação e fundamentação legal da espécie. Concluiu-se que, não obstante o vácuo legislativo específico em relação aos entes de apoio ligados à saúde, as principais irregularidades relacionadas com o instituto ocorrentes na prática podem ser coibidas por meio da Lei nº 8666/93, bem como por meio da legislação em geral e princípios constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundações de Apoio. Vácuo legislativo nas fundações de apoio ligadas à saúde. Irregularidade na prática administrativa.

**ABSTRACT:** The present work has the intention to analyze the legal institute called “Supporting Foundation” in the health field. It is a private entity that receives large amounts of public money, but is not deeply studied by the legal community, with few works on the subject and with no specific legislation regarding the supporting foundations working in the health field. The legal approach of the institute was made based on laws, doctrinaire work, legal magazine papers and decisions by the Account Court. It’s been analyzed the legal nature of the foundation institute, analyzing the contract and the legal base. It’s been concluded that, notwithstanding the blank space of specific legislation, the irregularities can be repressed by the application of L. 8666/93, laws in general and principles

**KEYWORDS:** Supporting Foundation. Blank space of specific legislation about supporting foundation in the health field. Irregularities in practice.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata especificamente do tema “Fundações de Apoio ligadas à Saúde: caracterização do instituto e análise jurídica diante do vácuo legislativo”.

Trata-se de um tema tormentoso diante do fato desses entes de apoio serem pessoas jurídicas de direito privado que recebem grandes somas de dinheiro público, incorrerem em inúmeras irregularidades administrativas, mas não serem estudados em profundidade pela comunidade jurídica em geral, havendo parca doutrina acerca deste assunto.

Além disso, o próprio termo “fundação” dificulta a caracterização do instituto na prática administrativa por não ter sentido unívoco na literatura jurídica, possuindo várias facetas e podendo ter natureza inteiramente pública – verdadeiras autarquias – ou submeter-se ao regime jurídico privado.

Finalmente, quanto às Fundações de Apoio ligadas à Saúde, não há legislação específica acerca desta matéria, existindo tão somente a Lei nº 8.958/94 e o Decreto nº 5.205/2004, que tratam das Fundações de Apoio a Universidades Públicas.

A abordagem jurídica do tema baseou-se em leis, obras doutrinárias e artigos jurídicos, mas, principalmente, no repertório jurisprudencial do Tribunal de Contas da União diante da inexistência de obras específicas que abordem com propriedade jurídica o instituto.

Nestes termos, discorreremos, neste trabalho, sobre a natureza jurídica das fundações e, partindo para o estudo das Fundações de Apoio, analisaremos como deverão os profissionais do direito, gestores e órgãos de controle proceder diante do vácuo legislativo em relação às Fundações de Apoio ligadas à Saúde.

### 1 NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES

Na definição de Borges (2004, p. 115-143), Fundação “é a afetação a certo fim de um conjunto de bens, pela vontade de seu instituidor”, no que podemos concluir que, independentemente da espécie de Fundação, há a presença de três elementos fundamentais para a sua caracterização, vale dizer, um patrimônio, a afetação desse patrimônio a uma finalidade específica e a vontade do instituidor.

Assim, na Fundação, o patrimônio é instituído pelo chamado instituidor para o atendimento de determinado fim específico, que deve possuir caráter social, havendo a perseguição a objetivos que, de alguma

forma, produzam benefícios aos membros da coletividade, distanciando-se de alvos que visem à percepção de lucros.

Ensina Borges (2004, p. 115-143) que, durante muito tempo, as fundações foram consideradas institutos do direito privado.

Ocorre que, a partir da década de 60, iniciou-se a proliferação de fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, mas criadas estritamente de acordo com as estipulações do Código Civil e Código de Processo Civil, que são Codificações do Direito Privado. Eram fundações voltadas à pesquisa, beneficência, tecnologia, assistência social e tinham por escopo fornecer subsídios às universidades brasileiras.

Diante da grande divergência quanto à natureza jurídica de tal instituto, a Fundação do Amparo e Pesquisa do Estado de São Paulo veio a ser definida como fundação de direito público.

Naquela oportunidade, a doutrina jurídica se dividiu, entendendo alguns que tais fundações possuíam natureza de direito público, pleiteando a sua integração à estrutura administrativa; outros doutrinadores, entretanto, defendiam que só existiam fundações de direito privado, possuindo esta fundação criada pelo Poder Público natureza jurídica privada.

Diante da caracterização do artigo 4º, § 2º, do Decreto-Lei nº 200/67<sup>1</sup> de que as fundações instituídas pelo Poder Público com recursos públicos seriam equiparadas às empresas públicas, nova controvérsia se iniciou a respeito do assunto.

O Decreto-lei nº 900/69<sup>2</sup>, que alterou disposições do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, então, desvinculou as fundações

---

1 Art. 4º ...

§ 2º Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal, e de cujos recursos participe a União que sejam suas finalidades.

2 Art. 2º Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições:

- dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação;
- participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total;
- objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta;
- demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (artigos 24 e seguintes do Código Civil).

**Art. 3º - Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.** (Revogado pelo Decreto nº 2.299, de 21.11.1986).

da Administração Indireta. Além disso, este Decreto enquadrou as fundações como entidades de direito privado, sujeitas integralmente à disciplina do Código Civil e Código de Processo Civil, exigindo apenas a participação de 1/3 de recursos privados para a sua constituição.

Aos poucos, o requisito de participação de 1/3 de recursos privados para a constituição das fundações passou a ser descumprido pela Administração Pública. O instituto acabava sendo criado por meio de lei com recursos inteiramente públicos.

Relata Borges (2004, p. 122) que:

[...] em certa época, no Estado da Bahia, uma Secretaria de Estado, a Secretaria do Trabalho e Assistência Social, tinha apenas o seu núcleo constituído por Gabinete e órgãos burocráticos de administração, que ocupavam as alas da mesma sede. Nelas funcionavam servidores que acumulavam duas remunerações: a da fundação e a que recebiam, como funcionários do quadro do Estado, para supervisionar as atividades das fundações. Evidentemente, as duas funções eram exercidas pelas mesmas pessoas, no mesmo horário.

Com o Decreto nº 2.299/86<sup>3</sup>, que também alterou disposições do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, considerou-se, novamente, que as fundações estavam integradas à Administração Indireta.

Sobrevieram diversas decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as fundações públicas constituiriam espécies de autarquias e estavam sujeitas às mesmas regras constitucionais vedatórias de acumulação remunerada aplicáveis às entidades autárquicas (RDA 160/85, 161/50, 171/124). Seriam, pois, pessoas jurídicas de direito público.

Adveio, então, a Lei Federal nº 7.596/87, que alterou o artigo 4º e o artigo 5º do Decreto-lei nº 200/67 e revogou o artigo 2º do Decreto-lei nº 900/60, considerando as fundações públicas como entidades da Administração Indireta. Considerou a fundação pública como entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada em virtude

3 Art. 4º [...]

§ 1º [...]

§ 2º As fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram também a Administração Federal indireta, para os efeitos de:

a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira;  
b) inclusão de seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970.

de autorização legislativa, institucionalizada com a inscrição de sua escritura pública no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, estabelecendo a não aplicação das demais disposições do Código Civil pertinentes às fundações.

Na esteira daquele regramento, inúmeras pessoas foram designadas como “fundações” e batizadas de pessoas jurídicas de direito privado apenas para se evadirem dos controles moralizadores que recaíam sobre pessoas jurídicas de direito público.

Atualmente, não obstante ainda haja divergências doutrinárias acerca do assunto, entende-se que, com o surgimento da Carta Magna de 1988, esta questão foi sanada, tendo a Constituição Federal explicitado em diversos dispositivos, de forma clara, que as fundações, com cunho administrativo, são públicas, possuindo natureza jurídica pública.

O artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, estabelece o teto remuneratório aos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração Direta, autárquica e fundacional, não incluindo as fundações públicas na ressalva do § 9º, que trata da aplicação do inciso XI nos casos das empresas estatais receberem recursos de entes políticos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. A Carta Magna, assim, deixou claro que as fundações públicas possuem natureza jurídica de direito público.

Na mesma maneira, pode ser constatada a afirmação acima no artigo 38 e artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, bem como no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O artigo 38 da Constituição Federal equipara os servidores fundacionais àqueles pertencentes à Administração Direta e Autarquias no tocante às disposições relativas ao exercício de mandato eletivo.

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi conferida estabilidade aos servidores públicos civis da Administração Direta, autarquias e fundações, que houvessem ingressado sem concurso mas que contassem cinco anos de exercício continuado na data da promulgação da Constituição.

Finalmente, segundo o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III.

Ainda, Bandeira de Mello (2005, p. 168-171) ensina que, muito embora o Decreto-lei nº 200/67 ressalte que as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado, é absolutamente incorreta esta afirmação.

Isto porque, segundo o autor, para se concluir se uma pessoa criada pelo Estado é de direito privado ou público, deve-se examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se a lei lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não somente o exercício, estabelecendo, ainda, que suas relações serão regidas pelo Direito Público, a pessoa será de direito público, ainda que erroneamente nominada. Na situação inversa, a pessoa será de direito privado.

Acrescenta Bandeira de Mello (2005, p. 168-171) que:

[...] o que se passou no direito brasileiro é que foram criadas inúmeras pessoas designadas como fundações, com atribuições nitidamente públicas, e que, sob este aspecto, em nada se distinguem das autarquias. O regime delas estaria inevitavelmente as atrelando às limitações e controles próprios das pessoas de Direito Público. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público.

Quanto à Emenda 19, que se refere à criação de fundações por autorização legal, defende Bandeira de Mello (2005, p. 168-171) que tal modificação é insuficiente para classificar estes entes como pessoas jurídicas de direito privado, tendo, inclusive, o Decreto-lei nº 200/67 já mencionado que tais pessoas adquiririam personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Em relação às Fundações de Apoio, muito embora elas pareçam situar-se no meio dos regimes público e privado, sabe-se que devem as mesmas constituir-se como fundações privadas, regidas sob o regime jurídico de direito privado.

O fato de celebrarem contratos diferenciados com o ente público, com dispensa de licitação, e realizarem serviços sociais, não transfigura a natureza da contratação, da mesma forma que os recursos recebidos para a execução do contrato mantêm o mesmo *status* da origem.

## 2 CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO E SOLUÇÕES DIANTE DO VÁCUO LEGISLATIVO EM RELAÇÃO ÀS FUNDAÇÕES DE APOIO LIGADAS À SAÚDE

Partindo para o estudo das Fundações de Apoio, tem-se que tais institutos podem ser definidos, basicamente, como fundações especiais de direito privado, sem fins lucrativos, instituídos por particulares, com o fim de apoiar algum ente do Poder Público, realizando serviços sociais não exclusivos do Estado.

Nas palavras de Di Pietro (2002, p. 416-418):

[...] são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio.

Segundo Medauar (2002, p. 90-100), “são entes dotados de personalidade jurídica privada, regidas pelo Código Civil e Código de Processo Civil. Os atos de constituição, a dotação inicial e os estatutos sujeitam-se ao crivo do Ministério Público, que as fiscaliza sob o aspecto finalístico”.

Constituem-se, segundo definição de Alves (2000, p. 65-75), como “fundações de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas nos moldes do Código Civil”. Mas, não obstante não estarem vinculadas ao Poder Público e não integrem a Administração Pública, são Fundações Especiais, cujo objetivo é o de dar apoio a determinadas instituições públicas. São chamadas de fundações de auxílio e fomento a destinatários específicos.

Apresentadas algumas definições, tem-se assente, em primeiro lugar, que as Fundações de Apoio se destinam ao desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, ou, nas palavras de Modesto (2002, p. 5), serviços de relevância pública, que “são atividades consideradas essenciais e prioritárias à comunidade, que transcendem a dimensão individual e repercutem necessariamente sobre a coletividade, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las, de modo particularmente intenso”.

São, assim, atividades exercidas não só pelo Estado ou por seus delegados, mas também por meio da atuação privada e têm incidência, basicamente, nas esferas da educação e saúde.

A Carta Magna, quando dispôs sobre educação, cultura e desporto, coloca como princípio do ensino a ser ministrado, o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206 da Constituição Federal); bem como prevê, em seu art. 209, que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: cumprimento das normas gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Por seu turno, a Constituição, quando tratou do direito à saúde, considerou-o um direito fundamental e, explicitamente, salientou que: “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Tratando-se de serviços sociais não exclusivos do Estado ou serviços de relevância pública, pode ser vislumbrado o interesse público em sua atuação, razão porque há o poder regulamentador e fiscalizatório do Estado.

Por serem pessoas jurídicas de direito privado, estes entes se submetem ao regime jurídico de direito privado, sendo regidos pelo Código Civil e Processo Civil e submetendo-se à fiscalização do Ministério Público.

Por não ter fins lucrativos, não haverá distribuição de lucros ou rendas a seus instituidores, mantenedores e dirigentes.

Em relação às Fundações de Apoio ligadas a Universidades Públicas, existe a Lei Federal nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, com regulamentação por meio do Decreto nº 5205, de 14 de setembro de 2004. Ambos trouxeram disposições acerca dos requisitos para a celebração de dispensa de contratação de entes de apoio por parte das universidades.

No que concerne às Fundações de Apoio a Hospitais Públicos, não existe legislação específica.

O vácuo legislativo em relação aos entes de apoio à saúde, entretanto, não deve respaldar o caminho da irregularidade, devendo os profissionais do direito, gestores públicos e órgãos de controle se valer do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8666/93 e princípios constitucionais para suprir a lacuna, sempre analisando a legitimidade do gasto público no caso concreto.

Preceitua o art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8666/93, o seguinte:

Art. 24 É dispensável a licitação:

[...]

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

Sabe-se que a regra da obrigatoriedade da realização de licitação tem sede constitucional e se ampara nos princípios da moralidade, igualdade e impessoalidade.

Neste sentido, somente poderia o administrador público afastar a licitação, dispensando-a, em nome de mandamentos constitucionais de igual relevo.

No caso do art. 24, inciso XIII, da Lei de Licitações, ensina Pereira Júnior (2007, p. 312-319) que a dispensa se dá em observância ao art. 218 da Constituição Federal, que dita que incumbe ao Estado promover o desenvolvimento institucional, científico, de pesquisa e tecnológico.

Assim, para que haja contratação com base no artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8666/93 de fundações privadas, deve o órgão licitante comprovar que a contratada preenche os seguintes requisitos expressos: ser instituição brasileira; e no estatuto ou no regimento seja expressamente declarado que o objetivo da instituição constitui: na dedicação à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional; detenha inquestionável reputação ético-profissional; não tenha fins lucrativos.

Dita o artigo 26, Parágrafo Único, da Lei nº 8.666/93, que o processo de dispensa de licitação deverá ser instruído com os seguintes elementos: caracterização da situação que justifique a dispensa; razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Tecendo comentários sobre os requisitos acima listados para a dispensa regular de licitação para contratação de Fundações de Apoio, temos que ressaltar, em primeiro lugar, que, diante do termo legal “instituição” no art. 24, inciso XIII da Lei nº 8.666/93, não há a possibilidade de contratação de pessoa física.

A entidade, aliás, deverá ser regularmente constituída. Nas palavras de Zymler (2005, p. 132):

mas não poderia ser de outro modo, já que, se houvesse licitação, a habilitação jurídica da licitante seria aferida no decorrer do certame. A ausência de certame, por seu turno, não autoriza o administrador

a negligenciar esse aspecto. Pelo contrário, em se tratando de contratação direta, as cautelas adotadas pela Administração devem ser redobradas, a fim de assegurar a transparência necessária aos atos administrativos.

A entidade também deverá ser constituída sob as leis brasileiras, valendo destacar a ressalva feita pelo autor acima de que “isso não exclui as instituições fundadas no exterior, desde que atuem no país sob as leis locais”.

Estabelece a Súmula nº 250 do Tribunal de Contas da União que “a contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado”.

Nestes termos, a entidade a ser contratada deverá ser criada com a finalidade regimental ou estatutária da pesquisa, do ensino ou desenvolvimento institucional. Estas finalidades devem estar expressas no estatuto ou ato constitutivo da fundação, que, por sua vez, não poderá realizar adequações temporárias em seus atos de constituição para atender requisito deste tipo de contratação.

O objeto do contrato a ser celebrado deve estar vinculado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional.

O contrato deve ter prazo determinado, deve ter objeto bem definido, não podendo ser genérico, nem relacionado a atividades continuadas.

Também quanto ao objeto, a contratação de serviços comuns, que poderiam ser exercidos pelo corpo humano efetivo do ente público, não se presta à dispensa da licitação, não sendo suscetível de contratação direta. A dispensa de licitação é hipótese excepcional em relação à obrigatoriedade, devendo ocorrer somente nas hipóteses de complexidade do objeto em conformidade com a pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional.

Como já foi ressaltado, Pereira Júnior (2006, p. 17-22) dá a entender que quando a lei diz “desenvolvimento institucional” quer relacionar com a disposição constitucional contida no artigo 218, vale dizer, que caberá ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, apoiando e estimulando as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos.

Desse modo, deve ser entendido o comando no sentido de que poderá haver dispensa quando o objeto da contratação se referir a atividades de desenvolvimento humano, que não se confunde com a

simples prestação de serviços ou o exercício de atividades que poderiam ser exercitadas pelos servidores do ente público.

Os entes de apoio devem ter produto e oferecer serviços que resultem em efetivo desenvolvimento institucional, no sentido de melhoria na eficácia e eficiência no desempenho da instituição. Não se confunde com manutenção institucional, como são os casos de serviço de limpeza, vigilância e conservação predial.

Enfim, a Fundação de Apoio deve exercer o papel de ente realizador de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda ou ente de transferência de tecnologia.

Além destas especificidades do objeto, para que haja contratação regular destes entes de apoio, é necessário averiguar a capacidade operacional da instituição para a execução do objeto.

Isto porque, se a empresa contratada precisa, para executar o objeto do contrato, de subcontratar, é porque não ocorreu o pressuposto para a dispensa de licitação, não podendo ser esta empresa contratada diretamente.

Acerca deste requisito, ressalta Zymler (2005, p. 129-149) que:

embora esse requisito não esteja expresso na Lei n. 8666/1993 – assim como também não é expressa a exigência de objeto voltado ao desenvolvimento científico, tecnológico e institucional –, é uma decorrência lógica das premissas adotadas e da exigência de reputação profissional da entidade. Se a dispensa fundamentada no inciso XIII do artigo 24 tem por objetivo, por exemplo, incentivar a pesquisa e o desenvolvimento científico e tecnológico, na forma do art. 218 da Lei Maior, totalmente despropositada a contratação de entidade que, para executar objeto, necessita subcontratar no mercado, porque, nessa circunstância, a contratação direta não estaria atingindo seu maior objetivo, ou seja, o desenvolvimento de uma das mencionadas áreas.

Segundo Justen Filho (2000, p. 254), “A exigência de inquestionável reputação ético-profissional tem que ser enfocada com cautela. Deve ser inquestionável a capacitação para o desempenho da atividade objetivada. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato”. E, completa Pereira Junior (2006, p. 281) que: “em termos licitatórios”, a contratada com dispensa de licitação deve demonstrar “idoneidade assemelhada, *mutatis mutandis*, àquela resultante da habilitação

prevista no artigo 274 e à notória especialização definida no artigo 25, § 1º da Lei n. 8666/93”5.

Assim, aquela fundação que quiser ser contratada pelo Poder Público nos termos acima deve provar habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (artigos 28, 29, 30, 31); devendo trazer elementos comprobatórios de desempenho anterior satisfatório ou estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, dentre outros requisitos relacionados com suas atividades que permita inferir que o trabalho da contratada é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

### 3 PRINCIPAIS IRREGULARIDADES

Na prática administrativa, percebe-se que são ocorrentes as irregularidades relacionadas às avenças entre os entes públicos e as fundações de apoio ligadas à saúde.

As principais irregularidades ocorrentes na prática, entretanto, podem ser coibidas por meio da legislação geral já existente e princípios constitucionais, não necessitando haver obrigatoriamente legislação específica acerca destes entes de apoio em saúde.

A Lei nº 8666/93, como já foi visto no tópico anterior, estabelece como objeto da avença entre o Poder Público e o ente de apoio a pesquisa, ensino e extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico. Assim, conforme foi sustentado, não pode ser admitida a contratação de objeto continuado, incerto e não determinado, de pessoal administrativo e manutenção institucional.

Outra irregularidade comum é a utilização pelos entes de apoio de instalações e equipamentos públicos.

---

4 Artigo 27 da Lei 8666/93: Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: habilitação jurídica;

- I. qualificação técnica;
- II. qualificação econômico-financeira;
- III. regularidade fiscal;
- IV. cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

5 Artigo 29 da Lei n. 8666/93, § 1º: Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Muitas vezes, as Fundações de Apoio se instalam no próprio prédio público e não possui patrimônio próprio suficiente até mesmo para exercer o objeto do contrato firmado com o Poder Público.

Trata-se de irregularidade que fere princípios de moralidade administrativa. Se a Fundação de Apoio quer utilizar um espaço público, deve ressarcir o Poder Público por isto e deve utilizar este espaço, tão somente, pelo tempo necessário à execução do contrato. Também é certo que, se a Fundação de Apoio se compromete a realizar um determinado objeto de um contrato, deve ter condições materiais para tanto.

Mas, a irregularidade mais comum é a prestação do serviço contratado pelas Fundações de Apoio por meio dos servidores públicos da própria entidade pública contratante, que acumulam as funções no Poder Público e na iniciativa privada, com incompatibilidade de horários e acumulação de vencimentos.

Acerca desta ilegalidade, concluiu a alta Corte de Contas, no Acórdão nº 1.193/2006, por seu Plenário, que “é irregular a contratação de Fundações de Apoio para o fornecimento de mão-de-obra destinada a desempenhar funções típicas de cargos públicos, por contrariar o art. 37, inciso II, da Constituição Federal e o art. 1º, § 2º, do Decreto n. 2.271/97”.

O art. 37, inciso II, da Constituição estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Além disso, o art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/96, veda a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Conforme Relatório do Ministro Relator do Acórdão supra mencionado:

a contratação de pessoal para desempenho de atividades finalísticas dos órgãos públicos contraria a jurisprudência firmada pelo TCU, conforme Súmula TCU nº 97, que dispõe: ressalvada a hipóteses prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei n. 6645, de 10.12.1970 (Decreto-lei n. 200, de 25 de 02 de 1967, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo plano de classificação e retribuição de cargos do serviço civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal

mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano.

Além disso, ressalta o mesmo Relatório que:

a utilização de pessoal contratado pelas Fundações de Apoio permite que cargos de importância estratégica e de relevância sejam entregues a funcionários sem vínculo com o Poder Público, não submetidos às normas constitucionais sobre os servidores públicos.

Saliente-se que as contratações, da forma como vêm sendo realizadas, muitas vezes não garantem o esperado incremento de pessoal nas atividades de prestação de assistência à saúde, haja vista permitirem a utilização de servidores dos quadros próprios de pessoal dos hospitais federais, em desacordo com o art. 9º, inciso III, da Lei n. 8666/93, que veda a participação, direta ou indiretamente, na execução dos serviços contratados, de servidores do órgão contratante.

E para a doutrinadora Di Pietro (2005, p. 281-289):

a própria situação dos servidores públicos que trabalham nesses entes de apoio resvala com a ilegalidade e 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.

Finalmente, ressalta o Acórdão nº 1193/2006 que “é irregular o pagamento, pelas Fundações de Apoio, de complementação ou gratificação salarial a servidores públicos, no desempenho dos cargos que ocupam em órgãos ou entidades federais, por contrariar os arts. 37, inciso X, e 169, § 1º, da Constituição Federal”.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Assim, como pode ser visto através das explicações acima, não obstante seja tendência mundial a formulação de parcerias do Poder Público com a iniciativa privada, tais formatos ainda suscitam polêmica diante das inúmeras irregularidades que geram na prática administrativa e da abundante quantia de recursos públicos transferidos.

Por isso, trabalhou-se bem a natureza jurídica do instituto fundações, passando-se à análise das fundações de apoio ligadas à saúde, estudando-se o formato de contratação e fundamentação legal da espécie.

Diante do confronto entre as principais irregularidades ocorrentes na prática e os meio legais e constitucionais de coibição das mesmas, pôde-se perceber claramente que, diante do vácuo legal específico em relação às Fundações de Apoio ligadas à saúde, as principais irregularidades relacionadas com o instituto ocorrentes na prática podem ser coibidas por meio da Lei nº 8666/93, da legislação em geral e princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, Organizações Sociais, Agências Executivas*. São Paulo: LTr, 2000. p. 65-75.

BORGES, Alice Maria Gonzalez Borges. *Temas do Direito Administrativo Atual*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 115-143.

BRASIL. Decreto nº 5.205, de 14 de setembro de 2004. Regulamenta a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as Fundações de Apoio. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 set. 2004. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 07 jul.2006.

BRASIL. Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as Fundações de Apoio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 dez. 1994. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8958.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8958.htm)>. Acesso em: 07 jul.2006.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168-171.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 281-289.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 416-418.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 254.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 90-100.

MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por Fundação de Apoio. Serviço de saúde: Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma de prestação de contas das entidades de cooperação após a Emenda Constitucional n. 19/98. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica n. 11, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 jun. 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, p. 281.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 129-149.