

Quem tem medo do regime jurídico de direito administrativo?

Perspectivas sobre as Fundações de Apoio

Aloísio Pires de Castro¹

Lucas de Faria Rodrigues²

Sumário: Introdução. 1. Quem é este monstro tão temido pelos administrativistas? 2. Afinal, somos um pouco responsáveis pelo que criamos? 3. As grandes críticas doutrinárias: quais são e se sustentam? 4. Por uma nova visão de mundo: há espaço para existência destas entidades no modelo jurídico vigente? 5. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O título é provocativo. Porém, o tema a ser tratado também o é. Trabalhos como este devem sempre começar com uma advertência aos leitores: dispa-se de preconceitos. Tentar chegar ao final do texto é fundamental à compreensão da *hipótese de pesquisa* aqui lançada, do argumento e também para a construção da crítica fundamentada. Fazer apontamentos genéricos (e precipitados) a um determinado “fenômeno jurídico”, fundado sobretudo nos clássicos manuais de Direito Administrativo, é, para dizer o mínimo, imprudente.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Atua na Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atua na Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto.

Qual é a nossa hipótese? *A atuação das fundações de apoio (privadas) junto aos hospitais-escola públicos (autarquias) é compatível com o regime constitucional vigente.*

Gostamos de advertências. Estabelecer bem as premissas, em trabalhos de cunho jurídico, serve sobretudo para o fortalecimento do seu caráter científico. Delimitar **aquilo** que se busca, **como** se buscará e as **bases teóricas** ajudam a manter o artigo íntegro e coeso. Mais do que isto, expor os *porquês*, em muitos casos, torna-se parte essencial do processo de criação intelectual, para se evitar leituras equivocadas dos resultados.

Nossa hipótese³ parte de um problema concreto, identificado no dia a dia na nossa atuação⁴. Quando houver a necessidade de um exemplo prático, será natural a este recorrermos. Além disso, nosso enfoque será essencialmente contextualizado no Estado de São Paulo. Reconhecemos não ser este um problema isolado. Há outras instituições com desafios semelhantes no próprio Estado de São Paulo e em outros entes da Federação. Em alguma medida esta discussão será importante também para estes atores, razão pela qual não é possível reduzir sua importância.

Este debate é extremamente relevante, pois a recente edição da Lei Federal nº 13.019/2014⁵ trouxe novos elementos para a análise das parcerias entre entes públicos e privados. Mais especial ainda o movimento identificado na própria edição da norma, pois na versão promulgada em 31 de julho de 2014, havia vedação expressa à celebração de parcerias cujo objeto fosse “o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens” e a “prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado”⁶. Entretanto, na conversão da Medida Provisó-

3 O uso da primeira pessoa do plural aqui, mais do que atender a uma demanda formal de trabalhos científicos, expressa a natureza das opiniões veiculadas: trata-se da posição pessoal dos autores, acadêmica, não se confundindo com qualquer posição institucional.

4 O Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo possui sua fundação de apoio: FAEPA – Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

5 Em 31 de julho de 2014.

6 Artigo 40, Lei Federal nº 13.019/2014, na **antiga redação**:

Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente:

I – delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado;

ria nº 684/2015 que prorrogou pela terceira vez o prazo para entrada em vigor da lei (conversão que resultou na edição da Lei Federal nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015), se impôs modificações sensíveis ao texto original, dentre elas a revogação das vedações acima mencionadas⁷.

Tudo isto envolto na posterior edição da Emenda Constitucional nº 85/2015⁸, responsável por promover diversas modificações no texto constitucional; dentre elas, que serão mais bem detalhadas, está o artigo 219-A:

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e **com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada**, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Aqui, o universo de elementos é vasto e com esta vastidão o maior desafio: reduzi-los a um artigo acadêmico. Tentaremos fazê-lo, enfrentando os aspectos essenciais da nossa hipótese, para, ao final, refutá-la ou confirmá-la – embora aqui já seja possível presumir o resultado.

Para isso, antes de tudo, definamos o Direito Administrativo que queremos. Não como um mero ato volitivo (a escolha de um dentre vários modelos), tampouco como um artifício retórico; verdadeiramente devemos discutir a base dogmática sobre a qual os alicerces deste trabalho serão erigidos. O primeiro desafio é superar o famigerado *regime jurídico de Direito Administrativo*. Afinal, qual o seu sentido?

II – prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado.

Parágrafo único. É vedado também ser objeto de parceria:

I – a contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado;

II – o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens.

7 Artigo 40, Lei Federal nº 13.019/2014, na atual redação:

Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.

8 Promulgada em 26 de fevereiro de 2015.

A Ordem dos Publicistas, assim designada por Sundfeld⁹, construiu, ao longo de anos de prevalência, uma teoria voltada a explicar o Direito Administrativo fundada no dogma da “unicidade e coerência interna”¹⁰ deste ramo da ciência jurídica. O expoente mais célebre destes doutrinadores é Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o Direito Administrativo, enquanto ramificação autônoma, “possui um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade”¹¹, conjunto este peculiar o suficiente para assegurar uma identidade própria. É justamente esta reunião de normas que designa o *regime jurídico de direito administrativo*. Outro clássico expoente, Maria Sylvia Zanella di Pietro, resume estas regras em duas ideias centrais: “prerrogativas e sujeições”¹².

Eis o antagonismo do Direito Administrativo. De um lado, as **sujeições**, restrições impostas à atuação estatal, dada a imperiosa defesa e tutela de direitos individuais, expressas, sobremaneira, no princípio da *legalidade*¹³. De outro, **prerrogativas**, privilégios assegurados à Administração Pública, que ao mesmo tempo são causa e consequência da manutenção da *supremacia do interesse público sobre o interesse particular*¹⁴. A partir daí os manuais dedicam páginas e mais páginas a discorrer sobre o conjunto de regras e princípios que decorreriam destas máximas, formatando o Direito Administrativo. Voltaremos especificamente a alguns destes pontos quando da sintetização das principais críticas às *fun-*

9 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

10 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 124.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52.

12 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 60.

13 Celso Antônio Bandeira de Mello identifica a legalidade como princípio decorrente de um postulado maior, a *indisponibilidade do interesse público*, o que, ao lado da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, asseguraria ao Direito Administrativo sua unidade.

14 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 61.

dações de apoio. Antes, porém, cabem algumas reflexões mais genéricas sobre as crises dos paradigmas vivenciada pelo Direito Administrativo proposto por estes publicistas¹⁵.

A atual ordem constitucional não comportaria a visão simplista de que há uma automática *supremacia do interesse público sobre o privado*, a atribuir poder ao Estado em prejuízo do administrado. Não significa dizer que em determinadas situações a Administração deixará de possuir certos privilégios, conforme as normas específicas assim estabeleçam. Inviável, em verdade, é “presumir poderes para o Estado, presunção que vem de um paradigma autoritário”¹⁶, vale dizer, as prerrogativas não são condição *sine qua non* da atuação estatal.

Esta “nova” percepção decorre basicamente de duas constatações. A **primeira** (e um tanto quanto óbvia): nem sempre a ação estatal será pautada em uma posição privilegiada. Basta ver os contratos celebrados pelo Estado e regidos pela legislação civil¹⁷, ou em outras tantas situações em que o Estado não atua com “poder de autoridade” (fomento, educação, assistência social). Seria aquilo que Carlos Ari Sundfeld denomina de direito comum do Estado¹⁸⁻¹⁹. A **segunda**: ainda nas situações em que existam prerrogativas, elas não podem ser exercidas ao “arbítrio do administrador”²⁰, mas devem observar um complexo sistema de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Há interesses individuais igualmente protegidos pela ordem constitucional, que me-

15 Neste ponto, recomendável a leitura de BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

16 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 130.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 132.

18 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 134.

19 Hipóteses em que o “Estado está simplesmente agindo pelo direito comum do Estado, que nesse caso nem é direito da autoridade, nem é lá totalmente comparável com regras privadas; é um regime em alguma medida próprio, fruto de opções legislativas casuísticas, só isso”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 134)

20 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

recem guarida independentemente de prerrogativas da Administração e de uma suposta prevalência do interesse público sobre o privado. Um privilégio qualquer, ao ser estabelecido, deve ser legitimado no seio do processo de concretização constitucional. Em nenhum momento a Constituição Federal eleva o interesse público a um patamar absoluto de supremacia em relação ao privado.

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). Por isso afirma HÄBERLE, referindo-se à Lei Fundamental Alemã, muito menos insistente na proteção da esfera privada do que a brasileira: “Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz parte do conteúdo de bem comum da Constituição”.⁴¹ Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma »conexão estrutural« (“ein struktureller Zusammenhang”).²¹

Se a *supremacia do interesse público sobre o privado* encontra-se em linha de franco questionamento, a crise da *legalidade* é, se não maior, tão representativa quanto. “A crise da lei hoje é um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas”²². A lei, em sentido estrito (aquela formulada pelo Poder Legislativo), sempre foi o centro do processo de controle da Administração²³. Nesta visão, a Administração só poderia agir se autorizada expressamente por lei formal, servindo seus atos simplesmente para concretizar a expressão do legislador – o privado, ao contrário, agiria quando não fosse vedado. Por trás dessa discussão há inúmeros desdobramentos teóricos como, por exemplo,

21 ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, número 11, set/out/nov, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 20 de jan. de 2016.

22 BINENBOJM, Gustavo. *O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 145.

23 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

os limites do “poder criativo” da Administração Pública e a sua ação normativa²⁴.

Porém, este não é o único aspecto da *crise da legalidade* a ser destacado. A lei, enquanto manifestação da vontade do povo, perdeu em certa medida sua hegemonia. Hoje, o ponto central do regime jurídico – e, portanto, da ação administrativa – é a Constituição Federal e o complexo sistema de direitos, garantias e outras normas de organização²⁵. A Constituição passa a legitimar e nortear a ação estatal.

Gustavo Binenbojm propõe a revisitação desta *vinculação positiva da Administração* à lei (atuando sempre nela fundada), propondo a vinculação em relação ao “ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional”²⁶ – em outras palavras, seria a vinculação àquilo que o autor chama de *bloco de legalidade*. Para ele, em regra, a atuação da Administração seguirá sendo efetuada em conformidade com a lei (em sentido estrito), quando esta passar no teste de constitucionalidade (maior parte dos casos); entretanto, não raro poderá encontrar fundamento direto no texto constitucional (independentemente da intermediação da lei formal)²⁷. Por fim, eventualmente, a atuação administrativa poderá até mesmo ser *contra legem*, em caso de inconstitucionalidade ostensiva (Gustavo Binenbojm fala na “ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais”²⁸)²⁹.

24 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 232 e ss.

25 BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149.

26 BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 159.

27 Por certo, haverá casos de reserva de lei formal, hipótese em que a Constituição impõe a regulamentação por lei específica.

28 BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 160.

29 Esta última hipótese é polêmica, reconhecemos, mas merece destaque por ser parte do argumento do autor.

O grande desafio do administrativista moderno³⁰ é, em alguma medida, superar uma visão demasiadamente pouco reflexiva do Direito Administrativo, efetuada por diversos autores aqui e acolá. E este processo tem passado basicamente pela seguinte dúvida: há mesmo uma distinção conceitual tão clara dentro deste ramo do Direito? Há mesmo um *regime jurídico de Direito Administrativo* peculiar, no qual se sustente um olhar absolutamente rigoroso sobre a legalidade e tão amplo quanto às prerrogativas?

A grande quebra de paradigma talvez seja reconhecer que existam tantos *regimes jurídicos* voltados a tutelar as relações do Estado quanto normas (ou a reunião delas). Não haveria, nesta acepção, um único regime jurídico de Direito Administrativo. Na verdade, o Direito Administrativo seria o conjunto de “normas (constitucionais, legais, regulamentares) mais a cultura jurídica (teorias, interpretações, práticas) destinadas a, por meio do Direito, organizar e controlar efetivamente a Administração Pública e, ainda, assegurar direitos aos particulares”³¹. Como lecionou Carlos Ari Sundfeld, o Direito Administrativo, tal qual a sociedade, é absolutamente multifacetado³², com diferentes vertentes e relações, talvez sem aquela identidade científica tão apregoada por determinados autores.

Importa menos verificar se as *fundações de apoio* se amoldam ao *regime jurídico de Direito Administrativo*, e mais saber se se adequam ao regime jurídico vigente e incidente às suas relações. Precisamos identificar as normas jurídicas que disciplinam esta relação, sem conceitos preestabelecidos, sem visões arraigadas, para descobrir se aquela determinada relação pode ou não ser sustentada.

1. Quem é este monstro tão temido pelos administrativistas?

Uma grande dificuldade de discorrermos sobre as *fundações de apoio* é a pequena quantidade de obras ou artigos acadêmicos destinados ao

30 Moderno, aqui, sem nenhum tom pejorativo. Trata-se de mera questão temporal.

31 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

32 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

tema, sem prejuízo de serem figuras já não tão novas – no caso do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (“HCFMRP”), sua *fundação de apoio* foi criada em 1988³³. Uma das poucas fontes de pesquisa é a obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro. Embora a renomada administrativista dedique ao assunto parte significativa do seu livro *Parcerias na Administração Pública*, o faz para condenar tais entidades de forma geral e irrestrita – muitas vezes também equivocada, na nossa visão. Cuidaremos oportunamente de enfrentar as principais críticas da autora, mas, para o momento, vale a menção ao seu breve conceito de *fundações de apoio*: “pessoas jurídicas, ditas particulares, criadas com o fim específico de dar apoio a entidades públicas, em geral fundações ou autarquias instituídas pelo Poder Público”³⁴.

Eis o grande ponto de distinção conceitual: estas entidades não integram a Administração Pública. Isso porque **não são instituídas pelo Poder Público**, mas sim por particulares; não têm seu funcionamento autorizado em uma lei específica³⁵. Por outro lado, conquanto privadas e sem vinculação direta, destinam-se a “colaborar com órgãos integrantes da Administração Pública”³⁶. A relação entre entidade privada e ente público **se formaliza, em regra, mediante convênios**, que disciplinam a cooperação e o auxílio mútuos.

No âmbito federal, o Tribunal de Contas da União apontou inúmeras irregularidades na atuação das *fundações de apoio* já no ano de 1992, levando à aprovação da Lei Federal nº 8.958/1994, de aplicação restrita à esfera federal (voltada a parcerias com Instituições Federais de Ensino Superior – IFES e às demais Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs)³⁷. A lei, além de normatizar a relação, trouxe diversas restrições à atuação das fundações.

33 Informação extraída do site <http://www.faepa.br/>, acesso em: 20 de jan. 2016.

34 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

35 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

36 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

37 Não pretendemos adentrar em uma discussão sobre a extensão da norma, se restrita à esfera federal ou também à esfera nacional (abrangendo Estado e Municípios). Pensamos ser esta uma posição decorrente da própria dicção do artigo 1º e da leitura sistemática do diploma normativo (no mesmo sentido PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 322).

2. Afinal, somos um pouco responsáveis pelo que criamos?

Antoine de Saint-Exupéry cunhou célebre frase no seu igualmente conhecido “O Pequeno Príncipe”: *Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas*. A analogia com esta obra infantil deve soar como outra provocação ao leitor. Se não podemos dizer que somos eternamente responsáveis pelo que **criamos**, o seríamos ao menos em parte? Em certa passagem do livro, na fábula do príncipe e da raposa, o garoto não era diferente de cem mil outros garotos, até cativar a raposa, quando passou a ser único. A *fundação de apoio* era uma como tantas outras fundações (sob o ponto de vista estrutural), até que a ela foi atribuído um encargo especial.

As *fundações de apoio* não foram criadas à revelia do Estado (em sentido amplo) e, sobretudo, suas relações jurídicas com o poder público não são mantidas sem o auxílio e o aval estatais. Poderíamos fazer uma análise histórica sobre a criação de cada uma destas entidades, para demonstrar o papel absolutamente relevante (e condescendente?) do poder público. Inviável tal empreitada, em razão dos limites deste trabalho. Façamos, então, a primeira generalização a partir de um exemplo particularizado (correndo todos os riscos desta fórmula)³⁸, como adiantado ainda na introdução deste artigo: o caso de Ribeirão Preto e seu Hospital das Clínicas.

O instrumento que dá suporte à atuação da *fundação de apoio* neste caso é um **convênio**, celebrado desde a década de 1990 (a cada cinco anos) entre FAEPA e HCFMRP. Esses convênios, todos devidamente autorizados pelo Governo (**nada feito à revelia da Administração central, portanto**), foram antecédidos de manifestações favoráveis dos órgãos de Consultoria Jurídica que servem ao Estado³⁹, fato este reforçado com o repasse da verba do *Sistema Único de Saúde* (“SUS”), feito

38 Por isso, ao transportar os argumentos deste trabalho para justificar a relação de uma *fundação de apoio* com o poder público, é imperioso que o intérprete tenha em vista todas as peculiaridades desta relação, pois nem sempre serão as mesmas aqui trabalhadas.

39 No âmbito da Secretaria da Saúde, citaria o Parecer CJ/SS nº 2627/2013 (que menciona outro de igual teor, o Parecer CJ/SS nº 982/2008), apontando a viabilidade de celebração do ajuste em referência. Destaque também para precedente da antiga Assessoria Jurídica do Governo (Parecer AJG nº 961/2003), que opinava pela viabilidade da celebração deste acordo e da atuação da Fundação de Apoio.

integralmente à *fundação de apoio* no caso do HCFMRP, por meio de um segundo convênio, específico, celebrado com o Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde e com a interveniência do HCFMRP. E este fato nunca foi omitido do Tribunal de Contas do Estado (“TCE/SP”), a quem a fundação se submete de forma bastante rigorosa. Embora não haja uma análise direta do convênio de apoio, o TCE/SP analisa a prestação de contas da fundação, relativa ao uso da verba SUS – toda ela destinada a ações no HCFMRP.

A realidade está aí, posta, e não foi construída por outro ator que não o próprio Estado. O caso da saúde, nos *hospitais-escola*, é ainda mais típico. O funcionamento destes estabelecimentos de saúde está fundado no *tripé da pesquisa, do ensino e da assistência*. E as *fundações de apoio* possuem especial destaque nestas três frentes. Em alguns hospitais vinculados a Universidades no Estado de São Paulo, o modelo adotado é bastante peculiar: a estrutura de ensino ficou vinculada à Universidade e a estrutura do hospital de referência vinculada ao Estado, por meio de autarquias (é o modelo dos Hospitais das Clínicas de São Paulo, Ribeirão Preto, Botucatu e, mais recentemente, Marília).

Entretanto, por mais que se tente desmembrar as estruturas administrativas, não há ensino na Medicina (e demais ciências da saúde) longe das trincheiras (vale dizer, do atendimento prestado nos hospitais-escola); tampouco se faz pesquisa na área longe do campo de ação. **Pesquisa, ensino e assistência, na Medicina e em áreas da saúde, em especial, são conceitos indissociáveis – não há assistência (à população em geral, por meio do *Sistema Único de Saúde*) efetuada em hospital-escola que não esteja ligada, ainda que minimamente, a um processo de ensino (com os graduandos, pós-graduandos, médicos residentes) ou a um processo de pesquisa.** No caso do HCFMRP, isso se torna ainda mais evidente: basta ver que as áreas da autarquia, por força do seu regulamento⁴⁰, são coordenadas por docentes da Universidade (o grau de interface administrativa é absoluto).

E a *fundação de apoio* atua nestas três frentes. Basta ver que todo o recurso SUS repassado ao Hospital é feito por meio da entidade, que

40 Regulamento aprovado pelo Decreto estadual nº 13.297/1979.

executa suas ações diretamente dentro do complexo hospitalar, com funcionários contratados, com a aquisição de materiais e serviços, ou mesmo com a execução de obras. No caso da pesquisa, este papel é ainda mais destacado, pois a fundação intermedia a captação de recursos privados para financiar a execução de projetos extremamente relevantes para a população, com ganhos diretos para a assistência prestada (seja pelo resultado de uma pesquisa, ou mesmo pelo fornecimento de bens e benfeitorias ao hospital, sem dispêndio de recursos públicos⁴¹). “A fundação de apoio é peça essencial para geração e transmissão de tecnologia produzida na universidade para as empresas”⁴², mas não só, também à população.

Acabar com aquilo que o próprio Estado criou seria ferir de morte a pesquisa dentro das instituições de ensino, atingir de forma significativa o processo assistencial prestado à população mais carente servida pelo Sistema Único de Saúde. Sim, o Estado é minimamente responsável pelo que criou; mas não, estes apontamentos não afastam a necessidade de existir além de um suporte fático, um suporte jurídico a tais estruturas.

3. As grandes críticas doutrinárias: quais são e se sustentam?

Antes de avançarmos, é preciso desconstruir alguns mitos. As críticas trazidas por quem não conhece realmente o funcionamento e a sistemática das *fundações de apoio* são no mínimo infundadas, para não dizer despropositadas. No primeiro parágrafo deste texto dissemos: dispa-se de preconceitos. Pois bem, neste tópico pretendemos auxiliar este processo, a partir da refutação dos apontamentos efetuados na obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro e considerando a realidade do HCFMRP⁴³.

41 Não é incomum a aquisição de equipamentos de alto custo, com dinheiro captado para pesquisa, que a ela servirão, mas também atenderão em parte do tempo a pacientes não vinculados diretamente à pesquisa.

42 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237.

43 Por honestidade acadêmica é imperioso deixar absolutamente claro, embora isto seja dedutível: as críticas efetuadas pela autora podem, eventualmente, ser aplicáveis a outras *fundações de apoio*. Não seremos levianos a ponto de dizer que todas as entidades públicas mantêm suas relações da mesma forma. Também não podemos aceitar a crítica genérica da autora, pois, na mesma linha, não se aplica a todas as *fundações de apoio*.

A grande crítica da autora parte de uma suposta “simulação”⁴⁴. A pretexto de maior eficiência no desempenho das suas atividades, as *fundações de apoio* teriam “a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público”⁴⁵ – isso porque contratariam sem licitação e admitiriam servidores sem concurso público. Eis a primeira meia-verdade. Tomando como exemplo o caso da FAEPA, a entidade possui um regulamento próprio para compras, que embora não construído à semelhança da Lei Federal nº 8.666/1993, assegura a concretização dos princípios esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. A contratação de pessoal, igualmente, não utiliza o concurso público como mecanismo de seleção, mas se vale de processo seletivo público e amplo, por meio do qual os interessados participam em igualdade de condições. Tanto os processos seletivos quanto os contratos celebrados pela fundação são apreciados pelo TCE/SP, consoante as regras estabelecidas pela Corte de Contas.

A autora segue a construção do seu argumento a partir de outras inconsistências factuais. A existência seria aparente, legal, em razão da confusão entre ambas – o que não se concretiza em todos os casos, pois as receitas não se confundem, possuem administração própria, patrimônio próprio, sede própria, etc. O patrimônio das *fundações de apoio* seria “irrisório em relação aos objetivos institucionais”, porém, novamente, no caso específico aqui tratado, o patrimônio da FAEPA é suficientemente robusto para suportar suas atividades, bastando consultar seus relatórios de atividades disponíveis no site da entidade⁴⁶. A relação jurídica estabelecida entre entidade pública e fundação teria a natureza muito mais de um contrato, pois os serviços seriam remunerados por meio de taxa de administração – novamente se equivoca a autora, ao generalizar a crítica, pois os convênios firmados, ao menos no caso do HCFMRP, não preveem qualquer tipo de repasse de recursos, menos ainda a este título.

44 Este termo não é dela, mas percepção nossa sobre seus apontamentos.

45 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 316.

46 Cf. http://www.faeapa.br/Html/Relatorio_atividades.asp, acesso em: 18 jan. 2016.

Parece acreditar a autora que as atividades exercidas o são em mão única: “o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última”⁴⁷. Não é esta a realidade das fundações. As atividades são efetivamente complementares, em uma via de mão dupla. Muitos equipamentos e materiais são disponibilizados pela entidade, para o Hospital, de modo a viabilizar atendimentos prestados pelo SUS.

Não há como condenar a autora: parte ela das premissas teóricas que fundamentam sua obra. Nós partimos de outras. Entretanto, não se pode, a pretexto de justificar uma determinada posição jurídica (quase uma visão de mundo), se generalizar determinadas percepções fáticas que nem sempre se confirmam. Mesmo para aquele conceito de *regime jurídico de Direito Administrativo* mais tradicional, superados os apontamentos fáticos, a posição das *fundações de apoio* não se sustentaria? Parece-nos que sim, porém, independentemente disso, é forçoso um novo olhar sobre esta relação. Vejamos.

4. Por uma nova visão de mundo: há espaço para a existência destas entidades no modelo jurídico vigente?

Tudo o que foi dito até este momento tem relevância para, ao final, apresentarmos nossa conclusão. Porém, cabe indagar, a atuação das *fundações de apoio* possui respaldo nas normas vigentes? O novo marco regulatório das parcerias públicas (Lei Federal nº 13.019/2014) trouxe grande preocupação neste particular, como tivemos oportunidade de assinalar ainda no início deste artigo.

Entretanto, este mesmo marco regulatório nasceu com diversas impropriedades (antes das alterações promovidas pela Lei Federal nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015). Uma delas era a limitação do uso de “convênios” a parcerias firmadas entre entes federados – artigo 84⁴⁸. Mantida

47 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 316.

48 Artigo 84, Lei Federal nº 13.019/2014, na antiga redação:

Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados.

aquela redação, haveria diversas restrições à aplicação desta regra à área da saúde, por contrariar expressamente dispositivo constitucional. O artigo 199, § 1º, da Constituição Federal explicita, de forma absolutamente clara, que “as **instituições privadas** poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou **convênio**, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Em outras palavras, a Carta autoriza o uso de convênios para a participação complementar de instituições privadas no Sistema Único de Saúde. Ao fim e ao cabo, o convênio firmado entre HCFMRP e FAEPA, no nosso exemplo, serve para viabilizar a participação da fundação nas ações especificadas no dispositivo constitucional.

Diante deste cenário, surgiram manifestações sobre a suposta inaplicabilidade da Lei Federal nº 13.019/2014 aos ajustes firmados no âmbito do *Sistema Único de Saúde*⁴⁹. O cerne do argumento partia dos dispositivos constitucionais relacionados ao sistema, inclusive aquele acima mencionado. Talvez vislumbrando os potenciais questionamentos (e problemas práticos), a Lei Federal nº 13.204/2015 inseriu modificações relevantes neste ponto, em especial ao afastar a aplicação do regime da Lei Federal nº 13.019/2014 aos convênios e contratos celebrados no âmbito do SUS – disciplinados pelo artigo 199, § 1º da Constituição Federal⁵⁰.

49 A Título de exemplo, indicamos o site: <http://www.idisa.org.br/img/File/Por%20que%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013019,%20de%202014,%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20ao%20SUS.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

50 Artigo 3º, inciso IV, Lei Federal nº 13.019/2014, **na nova redação**:

Art. 3º. Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

IV – aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

Artigo 84, Lei Federal nº 13.019/2014, **na nova redação**:

Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I – entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II – decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Esta alteração isolada não solucionaria os problemas das fundações de apoio, que restariam de certo modo em um limbo, se mantidas estivessem as vedações impostas pelo novo marco regulatório das parcerias com a Administração.

O artigo 40, na redação anterior à edição da Lei Federal nº 13.204/2015 (vedava expressamente a celebração de ajustes cujo objeto fosse o “apoio administrativo”), não se limitava a estabelecer regramento geral, alcançando especificidades que feriam o pacto federativo. Isso porque embora cunhado com base na competência privativa da União para editar “**normas gerais**” (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal), trazia vedações de cunho absoluto. Não possuía a generalidade exigida deste tipo de norma. Poderia o legislador, ao contrário, trazer linhas gerais de como se dariam as parcerias nos casos ali assinalados, em especial para o apoio administrativo, porém, havia optado pelo caminho inflexível, rompendo por completo o pacto federativo, na medida em que subtraía dos Estados e Municípios a prerrogativa de definir o conteúdo das parcerias celebradas. Definitivamente este não era um parâmetro a partir do qual as normas locais poderiam descer a detalhamentos – na verdade esgotava a matéria –, tal qual a Lei Federal nº 8.666/1993 fez em determinados pontos, rechaçados pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹.

Não podemos dizer que o artigo 40 tenha sido alterado pela Lei Federal nº 13.204/2015 por este motivo – um palpite, sem evidências, nos

51 Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já decidiu, na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927 (ainda não julgada no mérito), no voto do Ministro Carlos Velloso: “Penso que essas “normas gerais” devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que “norma geral”, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade, registra a professora Alice Gonzalez Borges que as “normas gerais”, leis nacionais, “são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federais”, pelo que “não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam”. Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de “norma geral”, conclui: “são normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos.” (Alice Gonzalez Borges, “Normas Gerais nas Licitações e Contratos administrativos”, RDP 96/81)”.

levaria mais a indicar a modificação por força das consequências práticas do dispositivo, do que por eventual vício de inconstitucionalidade. A lei, neste ponto, passou por intensa alteração, mantendo apenas uma das vedações: “(...) *delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado*”. Deixou de vedar, como já assinalamos, a “*prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado*” e o “*o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens*”. Esta sinalização do legislador, ao modificar o dispositivo, não pode passar despercebida. Mais do que isto, deve ser um vetor interpretativo para a compreensão das *fundações de apoio*: não foi sem sentido a revogação das vedações. Havia claro e inequívoco prejuízo a uma situação fática já estabelecida, com reflexos negativos à prestação de serviços de saúde em âmbito nacional. Ao suprimir tais comandos, a intenção não foi outra senão a permanência das parcerias firmadas com as *fundações de apoio*.

Veja que já é possível iniciarmos o delineamento do regime jurídico aplicável às *fundações de apoio* e até aqui os indícios não parecem apontar para a vedação da sua existência e atuação – lembrando nossa hipótese inicial, qual seja, a investigação da relação aplicada aos *hospitais de ensino públicos*. Nossa afirmação está alicerçada em três constatações, sendo a última delas decorrente das duas primeiras. Em primeiro lugar, a celebração de um convênio entre um *hospital de ensino público* e a sua *fundação de apoio* viabiliza a participação da fundação nas ações do *Sistema Único de Saúde* e, portanto, encontra respaldo em dispositivo constitucional expresse⁵² – ou naquilo a que nos referimos anteriormente, o *bloco de legalidade*. Em segundo lugar, não há vedação legal à celebração destes ajustes – ao contrário, aquela que existia foi expressamente revogada. Por fim, à luz destas duas constatações, não nos parece que haja rompimento do regime jurídico aplicável às *fundações de apoio*⁵³.

52 Artigo 199, § 1º da Constituição Federal.

53 Nossa afirmativa deve ser compreendida dentro do contexto aqui discutido, qual seja, o regime jurídico das *fundações de apoio*. Isso não significa dizer que as *fundações de apoio* sejam infalíveis. Ora, desvios, irregularidades e ilegalidades praticadas devem ser combatidas sempre, não só em relação a elas, mas a toda e qualquer entidade que maneje recursos públicos. O que estamos a afirmar, em suma, é a impossibilidade de rechaçar, de plano, tais parcerias.

Porém, não devemos parar por aí. Poderíamos se estivessemos a falar de um simples *hospital*, contudo, aqui estamos verdadeiramente examinando uma entidade que, como dissemos, é voltada ao tripé pesquisa, ensino e assistência, interligados na área de saúde de forma absolutamente inseparável (não há assistência que não seja vinculada a um processo de ensino ou pesquisa, nos seus mais variados graus). Os *hospitais universitários* (no Brasil, em geral, a Universidade) são polos de inovação e desenvolvimento das ciências da saúde.

Essa proximidade entre *saúde* de um lado e ensino, inovação e tecnologia de outro, não é só fática e concreta, mas também é **normativa**. A Lei Complementar Estadual nº 791/1995, responsável por estabelecer o Código de Saúde no Estado de São Paulo, deixa clara esta peculiaridade, seja ao assegurar aos *hospitais* universitários “a sua peculiar autonomia nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados” (artigo 11, § 2º), seja ao estabelecer que a “integração do hospital universitário e de ensino, público e privado, no SUS, visa, principalmente, à conjugação de meios para a formação de recursos humanos destinados ao SUS e ao aprimoramento da assistência à saúde da população” (artigo 11, § 3º). O artigo 200, inciso V da Constituição Federal (na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 85/2015) atribui ao Sistema Único de Saúde “incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação”.

Nessa toada, a Lei Federal nº 8.080/1990 estabelece que os “serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) constituem campo de prática para ensino e pesquisa, mediante normas específicas, elaboradas conjuntamente com o sistema educacional” (artigo 27, parágrafo único). Seu texto é ainda permeado, de ponta a ponta, por dispositivos que demonstram esta ligação aqui tão propalada. Abaixo alguns deles.

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

(...)

XIX – realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

Art. 32. (...)

§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão cofinanciadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de ins-

tuições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

Art. 46. O Sistema Único de Saúde (SUS) estabelecerá mecanismos de incentivos à participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

Diante deste cenário, quando voltamos nosso olhar à Emenda Constitucional nº 85/2015, a posição aqui defendida só é fortalecida. Editada após a Lei Federal nº 13.019/2014, foi gestada para “*atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação*”. Se percorrermos o caminho das mudanças promovidas, é fácil perceber tal finalidade. Antes da alteração, por exemplo, o termo *inovação* não vinha incorporado no texto constitucional. Porém, o constituinte reformador não ficou por aí, indo muito além. No artigo 218, *caput*, deixou clara a diretriz central da política de ciência e inovação: “O Estado **promoverá e incentivará** o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

Os dispositivos seguintes expressam o caminho para a concretização do comando. O parágrafo 6º impõe ao Estado estimular “a articulação entre entes, tanto **públicos quanto privados**, nas diversas esferas de governo”. Já o parágrafo único do artigo 219 afirma que o “Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, **bem como nos demais entes, públicos ou privados**, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e dos demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia”. Por fim, no já mencionado artigo 219-A, a maior novidade: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com **entidades privadas, inclusive para o compar-**

tilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na **forma da lei.**” O artigo 219-A rompe por completo os padrões clássicos do dito *regime jurídico de Direito Administrativo*, ao admitir expressamente, ainda que em áreas específicas, o compartilhamento de recursos humanos e capacidade instalada entre entidades públicas e privadas, claramente em uma via de mão dupla.

Por certo, não ignoramos o estabelecimento de uma reserva de lei para regulamentar tais parcerias. Daí a inevitável pergunta: mas que lei é essa? Há espaço para regulamentação estadual, disciplinando a atuação das *fundações de apoio*, como faz a Lei Federal nº 8.958/1994?

Parece-nos inquestionável haver espaço para uma lei estadual disciplinar a atuação das *fundações de apoio* e a relação mantida com o poder público, leitura esta decorrente da própria Constituição e, por que não, de uma interpretação sistemática da Lei Federal nº 13.019/2014. Como se viu, o artigo 219-A atribuiu à lei regulamentar suas disposições. No âmbito federal, o que poderia chegar mais próximo disso é a Lei Federal nº 8.958/1994, cuja aplicação não alcança os Estados e Municípios. Não há, portanto, norma geral nacional sobre o tema, o que abriria espaço mais amplo para uma regulamentação por parte dos entes federados.

Por outro lado, o artigo 24 da Constituição Federal atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre “educação, cultura, **ensino**, desporto, **ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação**” (inciso IX). Mesmo ao tratar do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), a Constituição assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios legislares concorrentemente sobre suas peculiaridades (artigo 219-B, § 2º). Parece-nos inegável que o Estado de São Paulo poderia editar lei estadual para disciplinar a relação das *fundações de apoio* com entidades públicas, a exemplo do que já fez a União. A norma poderia delinear as especificidades desta relação e os limites das parcerias firmadas.

No âmbito estadual há um projeto de lei (PL nº 455/2004) pronto para ordem do dia, mas ainda não votado, cujo objeto principal é a

disciplina destas relações⁵⁴. A norma, como colocada, talvez necessite de ajustes e aprimoramentos, em especial para incluir no seu bojo de forma expressa os *hospitais universitários*. Entretanto, é um sinal do estágio da discussão, ou ao menos um ponto de partida.

5. Conclusão

Não devemos temer o *regime jurídico de Direito Administrativo*. Tampouco as *fundações de apoio*. Mais, não devemos temer a aproximação destes dois elementos. Não são conceitos refratários, ao menos a partir das premissas que procuramos fixar neste trabalho.

Por onde quer que examinemos, a nossa hipótese inicial parece confirmada. *A atuação das fundações de apoio (privadas) junto aos hospitais-escola públicos (autarquias) é compatível com o regime constitucional vigente*. Nossa investigação nos alçou à condição de fazer alguns apontamentos à própria concepção desta hipótese. Pode-se dizer que a atuação das *fundações de apoio* seria plenamente compatível com o conjunto normativo de regulamentação, mais precisamente a Constituição Federal e a Lei Federal nº 13.019/2014, como dissemos no tópico anterior.

Não obstante inexistam barreiras jurídicas à atuação das *fundações de apoio* naquelas ações relacionadas ao *Sistema Único de Saúde*, há espaço para regulamentação em âmbito estadual, sobretudo nos casos disciplinados no artigo 219-A da Constituição Federal (ciência, tecnologia e inovação) – o que poderia impor alguma ordem nas relações estabelecidas e hoje regulamentadas em cada caso, por intermédio de instrumentos jurídicos específicos. Sabemos que raramente as normas antecedem os fatos; elas vêm a reboque de situações concretas identificadas pelo legislador. Nesta conjuntura não seria diferente, com respaldo constitucional para assim proceder.

Não pretendemos, neste momento, retomar cada um dos fundamentos trazidos ao longo da exposição – o que seria absolutamente despiquente. Já terá sido suficiente para confrontar nossa tese (aos críticos), ou

54 Cf. <http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=524134>, acesso em: 18 jan. 2016.

mesmo para corroborar nossas conclusões, sintetizadas acima. O artigo é relevante para romper algumas falsas premissas colocadas pela doutrina especializada. Como mostramos, a partir do exemplo do HCFMRP, nem sempre as *fundações de apoio* violarão o *regime jurídico de Direito Administrativo*, naquela acepção clássica da doutrina administrativista. Tanto é assim que estiveram continuamente amparadas por decisões do TCE/SP, e mesmo com o aval de órgãos jurídicos do Estado. São relações antigas, consolidadas, firmadas com base em preceitos constitucionais e legais que permitem o relacionamento entre o setor público e o setor privado por meio de convênios – vinculação ao *bloco de legalidade*.

Por outro lado, se analisarmos as *fundações de apoio* como expressão de uma nova percepção sobre o Direito Administrativo, talvez constataremos que são um típico exemplo do olhar multifacetado exigido pela doutrina mais contemporânea, reconhecendo tais relações como a própria mudança de paradigma vivenciada. O *regime jurídico de Direito Administrativo* não seria, agora, estático e único – restaria investigar se as relações examinadas teriam suporte em um conjunto normativo válido, o que ficou evidenciado no caso das *fundações de apoio*.

Não queremos, com este artigo, dizer que as relações entre entidades públicas e *fundações de apoio* devam permanecer como estão. Por outro lado, não podem deixar de existir, dado o grau de entrelaçamento e dependência criados e mantidos ao longo das duas últimas décadas. Devemos estimular o debate, sempre de forma transparente, pois a questão está na “ordem do dia”.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, número 11, set/out/nov, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 20 de jan. de 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

