



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO – RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4247

ADI 4247

Ação Direta de Inconstitucionalidade

O ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FUNDAÇÕES ESTATAIS DE SAÚDE – ANFES, já devidamente qualificada nos autos do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade em epígrafe, vêm, por meio de seus advogados, em atenção aos despacho de fls., à presença de Vossa Excelência, manifestar-se, na qualidade de *amicus curiae* deste Egrégia Suprema Corte, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I. DO RELATO SINTÉTICO DA LIDE

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), contra os art. 22 da Lei Estadual nº 5.164/2007 e Lei Complementar nº 118/2007, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que autorizaram a instituição de Fundações Estatais, entidades estatais constituídas como fundações públicas com sujeição ao regime jurídico de direito privado, para atuação na oferta de serviços públicos de saúde à população.

A Lei Complementar nº 118/2007 definiu, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, as áreas de atuação das Fundações Públicas de direito privado que viesse a ser instituídas naquele Estado da Federação, no exercício da competência suplementar, suprindo omissão legislativa da União, que atenda ao comando do inciso XIX do art. 37 da Carta Maior

A Lei Estadual nº 5.164/2007, por sua vez, autorizou o Poder Executivo carioca a instituir a Fundação Estatal dos Hospitais Gerais, a Fundação Estatal dos Hospitais de Urgência e a





Fundação Estatal dos Institutos de Saúde e da Central Estadual de Transplante, A referida entidade foi instituída com o objetivo de prestar serviços de saúde à população daquele município, sendo-lhes afetados os bens que compõe o Hospital Municipal Esaú Matos e ao Laboratório Central Municipal.

O debate constitucional proposto pelo partido político autor aponta duas questões principais. Argui-se: (1) a constitucionalidade de edição de Lei por Estado Federado que, no exercício da competência suplementar, supra a ausência legislativa da União na definição das áreas de atuação das Fundações Públicas de Direito Privado, que atenda ao comando do inciso XIX do art. 37 da Carta Maior; e (2) a possibilidade da adoção do regime celetista por fundações públicas de direito privado, à semelhança das empresas estatais.

Está em debate, portanto, a constitucionalidade da implantação do modelo jurídico-administrativo de Fundações Públicas de Direito Privado, resgatado com mais ênfase por Estados federados que compreenderam ser este modelo o mais eficiente e adequado para a oferta de ações e serviços públicos de saúde à população.

Considerando a admissão da ANFES como *amicus curiae*, a entidade vem a juízo apresentar memoriais, apresentando os elementos jurídicos necessários à análise da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade em apreço, que deve ser analisado sob à luz do Direito Administrativo e com a clara compreensão das modelagens jurídicas-institucionais de prestação de serviços públicos previstas na legislação pátria.

II. DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FUNDAÇÕES ESTATAIS DE SAÚDE – ANFES

A Associação Nacional de Fundações Estatais de Saúde – ANFES constitui-se em associação de direito privado, sem fins lucrativos, instituída em 2013, de caráter organizacional e assistencial que congrega entidades instituídas sob modelo jurídico constitucional de fundações públicas de direito privado (fundações estatais) do Brasil, com atuação na prestação de serviços de saúde pública, com finalidade geral de promover os seus interesses políticos, econômicos, jurídicos, normativos e institucionais das mesmas.

A ANFES tem por missão congregar, apoiar e representar as fundações associadas garantindo a defesa do modelo fundacional. E objetiva construir um sistema confiável de interação





entre as fundações de saúde, sendo reconhecida como sua legítima representante. Tem como instituições fundadoras:

- *Fundação de Saúde Pública de Novo Hamburgo (FSNH);*
- *Fundação Hospital Getúlio Vargas (FHGV);*
- *Fundação Municipal de Saúde de Canoas (FMSC);*
- *Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF);*
- *Fundação Estatal de Atenção Especializada em Saúde de Curitiba (FEAES);*
- *Fundação Estatal de Saúde do Pantanal (FESP);*
- *Fundação Estatal Saúde da Família (FESF-SUS);*
- *Fundação Baiana de Pesquisa Científica, Desenvolvimento Tecnológico, Fornecimento e Distribuição de Medicamentos (BAHIAFARMA);*
- *Fundação Pública de Saúde de Vitória da Conquista (FSVC);*
- *Fundação Estadual de Inovação em Saúde (iNOVA Capixaba)*
- *Fundação Paraibana de Gestão em Saúde (PB Saude);*
- *Fundação Piauiense de Serviços Hospitalares (FEPISERH);*
- *Fundação Estatal Regional de Saúde e Desenvolvimento Social da Bacia do Juquery de Franco da Rocha (Fundação Juquery);*
- *Fundação Estatal de Saúde de Niterói (FeSaude);*
- *Fundação Estatal de Atenção em Saúde do Estado do Paraná (FUNEAS).*

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que introduziu no art. 37, XIX da CF/1988 o modelo das fundações públicas de direito privado dentre os modelos de gestão pública, destaque-se, gestão pública (pelo Poder Público), no Brasil, tem-se a adoção dessa ferramenta na execução direta (prestacional), ou por gestão, de diversos serviços públicos essenciais, especialmente nas áreas da educação, saúde, cultura, meio ambiente e previdência.

No curso desses onze anos, o modelo das Fundações Estatais, na área da saúde, vem sendo reconhecido como experiência de atuação através de métodos, tecnologias e instrumentos de execução e gestão de serviços públicos que, para além de respeitar os princípios, integram o Sistema Único de Saúde, em especial no que se refere à sua natureza sistêmica e descentralizada, compondo no espectro orgânico a ação governamental articulada das três esferas de governo. Evidenciam-se na

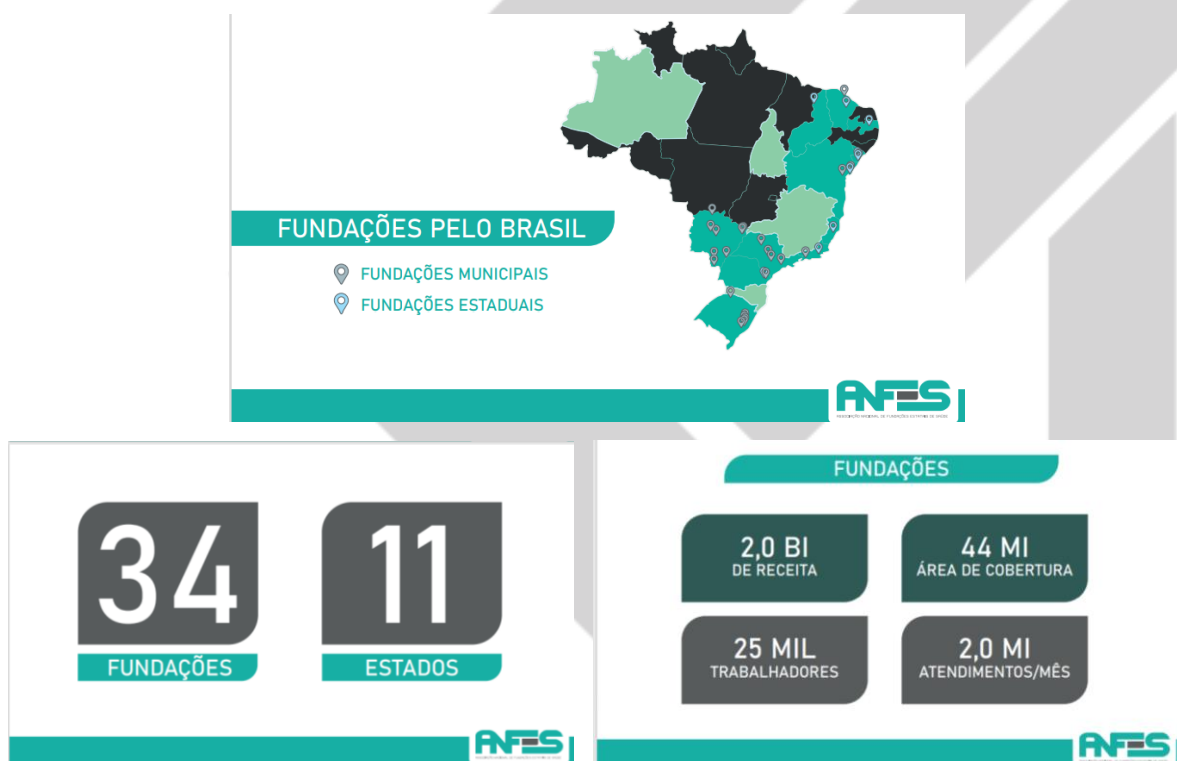




atualidade como a atuação de entidades públicas de saúde com qualidade, viabilizada por meio da celebração de contratos ou outros ajustes com entes da Administração Pública Direta¹.

Cabe ressaltar que o modelo das Fundações Estatais atende a uma necessidade concreta e emergente no País, especialmente no campo das políticas sociais, onde as demandas, crescentemente maiores e mais complexas, têm exigido alternativas jurídico administrativas para a prestação de serviços à população, com qualidade, impondo pactuações intragovernamentais e dinâmica contratual.

Segundo levantamento da ANFES já são 34 (trinta e quatro) as Fundações Estatais em atuação na saúde Brasil, estando estas situadas em 11 dos 26 Estados da Federação. Estas entidades empregam 25 mil trabalhadores, fazem 2 milhões atendimentos por mês e ofertam serviços públicos, gratuitos e de qualidade, para uma cobertura populacional de aproximadamente 45 milhões de brasileiros.



¹ Os dados sobre a atuação e resultados das Fundações Estatais de Saúde afiliadas à ANFES podem ser consultados nos respectivos sítios eletrônicos institucionais de cada entidade citada, pesquisável através da rede mundial de computadores, por qualquer ferramenta de busca, a exemplo do Google, usando como palavra chave o nome da instituição.



III. MODELOS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

De acordo com a Constituição Federal, o exercício do Poder Executivo incumbe ao Presidente da República, aos Governadores e Prefeitos, cada qual em sua esfera de governo, auxiliados por seus ministros ou secretários (CF. art. 76); o que significa que, em princípio, cabe aos órgãos da Administração Pública Direta do Governo Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios executarem as políticas públicas, em suas respectivas áreas de atuação².

A descentralização de competências para entidades da administração indireta, dotadas de personalidade jurídica própria e independência administrativa, financeira e patrimonial em relação à administração direta é possível, mediante lei ou autorização legal específica, quando o objetivo for o de favorecer a especialização no desenvolvimento de determinada atividade ou serviço público, de forma a ampliar a qualidade de suas especificações técnicas e o grau de alcance da ação estatal, conforme Decreto-Lei nº 200, de 1967 (DL 200/1967) (CONASS, 2015, p. 15).

Segundo dispõe cartilha sobre “*Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde*”, publicada pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS, 2015, p. 15):

A *descentralização* implica a delegação de competências públicas da administração direta para entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, a decisão de quando e como descentralizar cabe, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo. Somente a ele competem o julgamento final e a proposição legislativa de delegar competências da administração direta a uma entidade pública da administração indireta, mediante descentralização, assim como a proposição da personalidade jurídica que essas competências irão assumir – medidas que precisarão ser convalidadas pelo Parlamento para ter efeito.

A autora administrativista Valéria SALGADO (2012, p.84 e 85) elenca alguns fatores que devem ser considerados na decisão de descentralizar:

² Vide art. 78 da Constituição do Estado do Espírito Santo





- a) a necessidade de descentralizar o serviço ou a atividade para ampliar o impacto positivo da ação estatal no contexto social, político e econômico;*
- b) a capacidade de descentralizar, tendo em vista a importância de a administração direta não perder, no processo, capacidade de coordenação política e supervisão administrativa, na sua área de competência;*
- c) a natureza da atividade, se privativa ou não privativa, se voltada à área econômica ou direcionada a fins sociais e os controles legais e normativos aplicáveis (regime administrativo);*
- d) a existência de forças políticas que possam dar sustentação à proposta do Poder Executivo perante o Poder Legislativo;*
- e) a capacidade de governança e governabilidade do Poder Executivo e os instrumentos disponíveis para que a descentralização de competências não represente perda de controle e de capacidade estatal em prol de interesses privados – ou seja, o risco de captura dos interesses públicos por privados;*
- f) o grau de organização e preparo das forças políticas sociais para o exercício do controle social, ou seja, o nível de cidadania e de representação política das partes interessadas na atividade estatal a ser descentralizada, capaz de influenciar nos processos de formulação, avaliação e controle das políticas públicas;*
- g) a capacidade financeira do Poder Público de arcar com os custos da descentralização; e*
- h) a capacidade técnica de coordenar e supervisionar a atividade da entidade descentralizada, com foco em resultado.*

O Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS (2015, p.17 e 18) entende que não há como determinar um modelo jurídico-institucional ideal para a prestação de serviços públicos de saúde, visto que alternativas adequadas para determinadas situações podem ser inadequadas em outras. A melhor alternativa deve ser identificada caso a caso, a partir da análise das condições políticas, econômicas, culturais do ente federativo e da sua capacidade de gestão e operação do modelo. Por isso, é fundamental compreender as formas jurídico-institucionais da Administração Pública e os formatos de colaboração e contratação com a sociedade e o mercado, a partir dos institutos jurídicos que sustentam o Direito Público e que têm suas bases na Constituição Federal, antes de escolher qual ou quais adotar.





3.1. ESTUDO TAXONÔMICO DAS FORMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para melhor compreender as formas jurídico-institucionais da Administração Pública, passamos a apresentar, com o fito de auxiliar os julgadores no deslinde da questão jurídica posta em debate, o modelo taxonômico de organização e representação gráfica dos diversos modelos jurídico-administrativos de atuação do Poder Executivo desenvolvido por SALGADO & GIRARDI (2011). O referido modelo gráfico tem demonstrado grande utilidade nos processos de análise e decisão sobre a necessidade e a oportunidade de descentralizar determinadas competências públicas e sobre a forma jurídica a ser adotada.

Esse modelo taxonômico está fundamentado nas disposições constitucionais, legais e normativas vigentes, representado em um espaço cartesiano em forma de continuum; ao qual os autores denominaram “*Gradiente de formas jurídico-institucionais de atuação da administração pública*”.

A representação gráfica do Gradiente em dois eixos, utiliza-se da seguinte lógica:

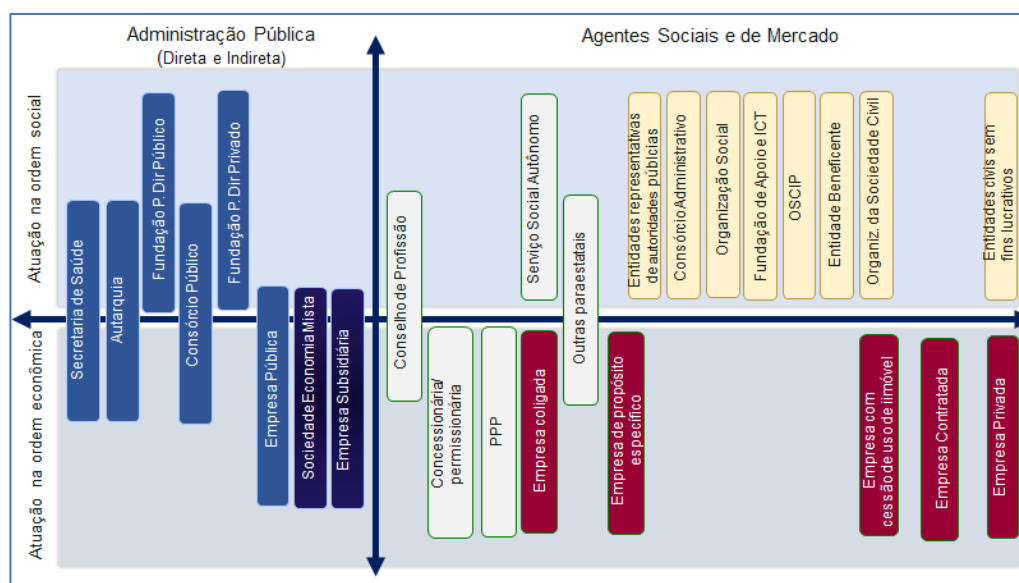
- a) o eixo das abscissas (eixo horizontal) separa os modelos de atuação estatal próprios para a regulação da ordem social (parte superior), dentre os quais inclui-se a saúde; e da ordem econômica, de intervenção estatal no funcionamento do mercado (parte inferior);
- b) o eixo das ordenadas (eixo vertical) separa os modelos de atuação estatal direta, por meio de estruturas públicas criadas por lei (lado esquerdo do eixo); dos modelos de atuação indireta do Poder Público, por meio de contratos e outros ajustes celebrados com entidades civis com ou sem fins lucrativos (lado direito do eixo).

Nesse gráfico cartesiano, as diversas formas jurídico-administrativas de atuação da Administração Pública possíveis à luz do ordenamento jurídico nacional são dispostas, com base no nível de responsabilidade, de participação e de investimento diretos da Administração Pública e dos agentes sociais e de mercado na garantia da ordem econômica e da ordem social, implícito no estatuto jurídico de cada uma delas; conforme Figura I.





Figura I – Gradiente de formas jurídico-institucionais de atuação da administração pública



Fonte: Salgado (2019)

Para diferenciar e classificar as formas jurídico-administrativas atualmente vigentes no ordenamento jurídico nacional e posicioná-las no Gradiente, o modelo utiliza-se dos seguintes critérios, reconhecidos pela doutrina jurídica como definidores da personalidade jurídica das entidades públicas ou privadas:

- a) a forma como foram criadas: se o órgão ou entidade foi criado por lei; por autorização legislativa; por ato normativo do Poder Executivo ou mediante a observância, exclusiva, dos ritos previstos no Código Civil;
- b) a natureza dos seus instituidores: se foi instituído por um, dois ou mais entes federativos; se pessoa jurídica administrativa de Direito Público ou privado; se pessoa jurídica civil de Direito Privado;
- c) o direito de propriedade³: ou seja, quem detêm o patrimônio e a governança da organização e controla a sua força de trabalho;
- d) as suas fontes de financiamento: se exclusivamente públicas, com recursos oriundos integralmente do Orçamento Público, previstos na lei orçamentária anual; se destinatária de recursos apenas para cobertura de despesas com seu pessoal (dependente); se recebe recursos públicos apenas por força de contrato ou convênio celebrado com o Poder Público; se fontes exclusivamente privadas;

³ Direito de propriedade pode ser entendido como o direito que indivíduos ou organizações têm de controlar o acesso a recursos ou ativos de que são titulares. O direito de propriedade implica a titularidade do patrimônio e capacidade de dele dispor; o poder de decisão sobre os rumos da organização (governança); e o poder de gestão da força de trabalho.



e) as formas de controle público que incidem sobre a organização: se há controle legal e normativo (sujeita a observância do ordenamento administrativo); controle administrativo (supervisão da administração direta e controle interno); controle externo; ou controle social.

De acordo com a representação gráfica da Figura I, e em alinhamento ao disposto nos arts. 4º e 5º do Decreto Lei nº 200, de 1967, constituem formas jurídico-institucionais de atuação direta da Administração Pública: os órgãos da Administração Direta; as autarquias, as fundações e as empresas estatais. Os consórcios públicos são autarquias (associações públicas) ou fundações públicas de natureza interfederativa, criados em conjunto por dois ou mais entes federativos, à luz das disposições da Lei nº 11.107, de 2005.

Decreto-Lei nº 200, de 1967 (DL 200/1967):

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade (Renumerado do § 1º pela Lei nº 7.596, de 1987)

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)





III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

§ 1º No caso do inciso III, quando a atividade for submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.

§ 2º O Poder Executivo enquadrará as entidades da Administração Indireta existentes nas categorias constantes deste artigo.

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Todos os formatos jurídico-institucionais posicionados à esquerda do eixo das ordenadas (vertical) são estruturas públicas, cujo direito de propriedade é exclusivamente ou majoritariamente público (ou seja, seu patrimônio e governança e força de trabalho são públicas); criadas por lei ou por autorização legislativa específica, que lhes delegam parte das competências anteriormente exercidas pela Administração Direta.

As figuras representadas do lado direito do eixo das ordenadas (vertical) são privadas, criadas por particulares que mantêm relações contratuais ou de parceria com a Administração Pública Direta ou Indireta, na forma da legislação vigente.

3.2. FORMAS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR E FARMACÊUTICA À POPULAÇÃO.

O Sistema Único de Saúde - SUS foi criado pela Constituição, em seu artigo 198, e disciplinado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, como um sistema público, constituído pela





integração das ações e serviços de saúde prestados pelos entes federativos nas áreas da proteção, promoção e recuperação da saúde podendo ser citadas a assistência médico-hospitalar, a atenção básica, a vigilância epidemiológica e sanitária, a pesquisa e desenvolvimento de tecnologias em saúde; a formação de profissionais de saúde; as campanhas educativas e de mobilização da sociedade em prol da saúde integral; a produção de medicamentos e hemoderivados; dentre outros.

Embora as atividades de assistência à saúde sejam livres à iniciativa privada, podendo ser exploradas no mercado ou exercidas por agentes sociais sem motivações lucrativas (cf. caput do art. 199 da Constituição), a participação da iniciativa privada, no âmbito do SUS, dá-se apenas de forma complementar mediante contratos administrativos ou convênios celebrados com o Poder Público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º do art. 199 da Constituição).

Constituição Federal

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º. 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 ambos os casos, a atuação privada, por assumir caráter de participação complementar no SUS, fica obrigada à observância dos princípios e diretrizes do SUS, estabelecidos na Lei nº 8.080, de 1990, sobretudo às seguintes:

- a) ser desenvolvida de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo aos princípios estabelecidos no art. 7º da Lei nº 8080, de 1990, que incluem à observância dos princípios da universalidade de acesso; da integralidade e igualdade da assistência à saúde; da participação da comunidade; da regionalização e hierarquização dos serviços, dentre outros;*
- b) submeter-se às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato/convênio;*
- c) ser gratuitas para os cidadãos (art. 43); e*
- d) observar os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.*





O § 1º do art. 199 determina, ainda, que, na complementação de serviços da rede de saúde com os serviços de entidades privadas, o Poder Público dê preferência aos ajustes celebrados com aquelas sem fins lucrativos, por meio da compra desses serviços (contrato) ou pelo fomento (convênio).

A participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, segundo os arts. 24 a 26 da Lei nº 8.080, de 1990, deve se limitar às situações em que as disponibilidades dos órgãos e entidades públicos forem insuficientes para garantir cobertura assistencial à população sob sua área de abrangência.

Em outras palavras, o gestor do SUS está autorizado a recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, sempre que os serviços próprios da rede pública de saúde forem insuficientes para atender às necessidades da população.

Nesses casos, ele pode optar: (a) pela contratação de serviços no mercado junto a entidades privadas com ou sem fins lucrativos, observada tabela de preços fixada pela Direção Nacional do Sistema e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde (conforme art. 26, caput, §1º e 2º e art. 16, XIV da Lei nº 8.080, de 1990); ou (b) pelo fomento a entidades civis sem fins lucrativos que atuem no campo da assistência à saúde, mediante a celebração de convênios ou outros instrumentos congêneres⁴.

Tem-se, portanto, que no âmbito do SUS, as ações e serviços de assistência à saúde devem ser executadas, preferencialmente, por estruturas públicas, pertencentes à Administração Direta ou Indireta do Poder Executivo dos entes federativos, ou seja, por:

- a) unidades administrativas do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde;*
- b) autarquias ou fundações autárquicas (públicas de Direito Público);*
- c) fundações estatais (públicas de Direito Privado);*

⁴ Na celebração desses contratos ou convênios, os gestores devem observar os parâmetros de cobertura assistencial, critérios e valores de remuneração dos serviços contratados, estabelecidos pela Direção Nacional do Sistema e aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde – CNS (art. 26, Lei nº 8.080, de 1990).





d) empresas estatais cuja finalidade seja social e não lucrativa, como a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), o Hospital de Clínicas de Porto Alegre e o Grupo Hospitalar Conceição, todas do Governo Federal.

A participação complementar da iniciativa privada no SUS é viabilizada:

a) preferencialmente, pelos contratos, convênios e outros ajustes celebrados com as entidades filantrópicas e outras sem fins lucrativos;

b) em um segundo momento, por contratos celebrados com empresas privadas que atuem na área da prestação de serviços de assistência à saúde; devendo essas respeitar os princípios do SUS, como já mencionado no presente Estudo.

Como os serviços de saúde têm que ser gratuitos aos cidadãos, seus destinatários finais, a prestação desses serviços não é passível de ser objeto de concessão ou permissão, restrita aos serviços públicos privativos e tarifados, conforme diretiva do art. 175 da Constituição Federal e das Leis Federais nº 8.987, de 1995; e nº 9074, de 1995, que disciplinam a matéria.

Sobre o tema, vale destacar trecho do Acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1923, de 16 de abril de 2015, que deixa claro que não há delegação de funções públicas na área da saúde para particulares:

Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição. (STF, Acórdão ADI 1923, p.3)

Nesse aspecto, pode-se dizer então que para determinar qual o modelo jurídico-institucional “mais vantajoso” é preciso analisar a natureza da atividade ou serviço a ser realizado; o prazo e a extensão dos resultados esperados; os recursos orçamentários/financeiros, o conhecimento e a força de trabalho disponível; os recursos tecnológicos e gerenciais; e a capacidade de governança





e avaliar, também os riscos de cada modelo frente as forças políticas internas e externas (risco político/imagem); os riscos jurídicos; os riscos operativos inerentes a cada modelo; dentre outros.

E como já foi dito, a alternativa mais vantajosa deve ser aferida a partir do estudo complexo que envolva a análise crítica das variáveis sociais, econômicas, políticas e culturais presentes em cada caso.

Em conclusão, pode-se afirmar que são modelos passíveis de serem utilizados, no âmbito do SUS, para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial, apoio diagnóstico, farmacêutica etc. à população:

- a) Unidade administrativa da Secretaria de Saúde do ente federativo;*
- b) Autarquia ou fundação autárquica;*
- c) Fundação estatal: pública de Direito Privado;*
- d) Empresa estatal com finalidade social, não lucrativa;*
- e) Consórcio público, no qual o ente federativo seja instituidor;*
- f) por convênio, contrato de programa ou contrato administrativo celebrado com consórcio público no qual o ente federativo não seja instituidor;*
- g) por contrato de gestão, convênio ou outro tipo de ajuste celebrado com serviço social autônomo, autorizado por lei específica aprovada pelo ente federativo;*
- h) por contrato de gestão celebrado com organização social qualificada na forma da lei aprovada pelo ente federativo;*
- i) por termo de parceria celebrado com organização da sociedade civil de interesse público, qualificada na forma da lei aprovada pelo ente federativo; e*
- j) por convênio celebrado com entidade filantrópica ou outra entidade sem fins lucrativos.*

Para os fins que se prestam a presente manifestação, a partir de então, passa-se à análise do modelo de fundação pública de Direito Privado - Fundação Estatal, modelagem jurídica eleita pelo gestor público do Município de Vitória da Conquista, na Bahia, que veio a ter a sua criação autorizada pela Lei Municipal nº 1.785/2011, ora objeto do presente Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade.





IV. FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PRIVADO

4.1. HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO⁵

A fundação instituída pelo Poder Público é uma figura há muito tempo presente no ordenamento jurídico brasileiro, com uso iniciado quando o Estado passou a desempenhar um papel mais direto na prestação de serviços públicos aos cidadãos, reconhecendo a necessidade de ser protagonista no provimento de direitos sociais, anteriormente relegados à iniciativa civil filantrópica e posteriormente também executados por entidades paraestatais de natureza corporativa, mediante a destinação de contribuições parafiscais, tal como foi a política de promoção da formação profissional e do bem-estar dos trabalhadores, na era Vargas.

Embora formalmente conceituada e disciplinada no ordenamento jurídico nacional pelo DL 200/1967, essa modalidade de entidade pública já existia no país desde os anos 20, a exemplo da Fundação Osório, criada em 1924; da Fundação Getúlio Vargas, de 1944; da Fundação Casa Popular, de 1946; da Fundação das Pioneiras Sociais, de 1960; da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, de 1964, dentre outras⁶ – todas elas instituídas por ato do Presidente da República, ao amparo das normas do CC de 1916, a partir de autorização legislativa específica que estabelecia regras fundamentais de seu estatuto, como sua finalidade, sua estrutura de governança e outros aspectos organizativos.

Mas foi o DL 200/1967 que primeiro dispôs sobre o estatuto jurídico da fundação pública de Direito Privado, situando-a ao lado da autarquia, da empresa pública e da sociedade de economia mista, como forma de descentralização de competências públicas, vocacionada à realização de atividades e ao provimento de serviços públicos sociais, sem fins lucrativos; e regida pelo Direito Privado.

⁵ Com base em (Santos & Salgado (2019), *Gestão Pública da Saúde e o Modelo Fundacional: Adequado Enquadramento Jurídico-Administrativo*. Em S. DALLARI, F. AITH, & M. MAGGIO, *Direito Sanitário, Aspectos Contemporâneos da Tutela do Direito à Saúde* (pp. 131-165). Curitiba - PR: Juruá Editora.

⁶ A Fundação Nacional do Bem-estar do Menor foi criada por autorização da Lei da Lei 4.513, de 1964, revogada em 1990, pela Lei 8.069. Quanto ao Serviço Social Rural, foi criado por força da Lei 2.613, vinculado ao Ministério da Agricultura, que autorizou o Presidente da República a criar uma fundação de prestação de serviços sociais no meio rural. Além disso, em 1961, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 4.024, de 1961) estabeleceu que as universidades poderiam ser instituídas sob a forma de autarquia ou fundação.





Nos anos 70 e 80, a fundação pública foi alvo de questionamentos relacionados ao uso inadequado de seu modelo de gestão, notadamente, a partir da promulgação do Decreto-Lei nº 900, de 1969, que a retirou do âmbito da administração pública indireta, sujeitando-a, tão somente às regras privadas do Código Civil, isentando a fundação de observar o núcleo básico do Direito Público. Nesse período, a entidade ficou desobrigada de realizar concurso público para prover seu pessoal, a observar normas públicas de licitação e contratação e a se submeter à coordenação política e à supervisão administrativa do órgão da administração direta responsável pela sua atuação, nos termos previstos nos arts. 19 e 26 do DL 200/1967.

Nesse período, a ausência da tutela estatal sobre a gestão das fundações públicas favoreceu a ocorrência de desvios e excessos no seu funcionamento, especialmente, na contratação de pessoal e em abusos nas aquisições de bens e serviços, gerando o estigma de que estrutura privada no âmbito público era sinônimo de malversação de recursos públicos. Por essa razão, em 1986, o Decreto-Lei nº 2.299, reintegrou as fundações instituídas por lei federal ou mantidas pela União na administração indireta, submetendo-as, novamente, ao controle estatal.

Em 1987, a Lei nº 7.596, deu nova redação ao DL 200/1967 e ratificou a personalidade jurídica de Direito Privado das fundações instituídas pelo Poder Público, assim como a sua finalidade não lucrativa para o desenvolvimento de atividades que não exigissem execução por órgãos ou entidades de Direito Público; e a sua criação por autorização legislativa específica e seu financiamento público e de outras fontes, sujeita à supervisão da administração direta. A Lei dispôs que as fundações públicas deveriam adquirir personalidade jurídica mediante o registro de sua escritura pública no Registro Civil de Pessoas Jurídica (e não por decreto presidencial) e afastou, dessas entidades públicas, a incidência das demais regras do Código Civil referentes às fundações privadas (art. 5º, §3º da Lei 7.596, de 1987); assentando, novamente, o seu caráter de estrutura pública, ainda que regida por regras do Direito Privado.

Note-se, portanto, que até 1985, todas as fundações instituídas pelo Poder Público tinham natureza pública, regidas pelo Direito Privado, conforme preceituavam as disposições do DL 200/1967. Nesse ano, decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a possibilidade de o Poder Público instituir fundações não apenas sob o regime privado, mas também regidas integralmente pelo Direito Público, tal como as autarquias. Em seu voto, no Recurso Extraordinário RE n. 01.126-RJ, o Ministro Relator Moreira Alves admitiu a possibilidade da existência de fundações com





a mesma finalidade e dotadas dos mesmos elementos das autarquias; embora nominadas como fundação, sendo nesse caso verdadeiras autarquias, uma vez que o que importa é a natureza da entidade pública e não a sua denominação:

“nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de Direito Privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de Direito Público, e, portanto, pessoas jurídicas de Direito Público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal” (o dispositivo citado no acórdão refere-se à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69). (RE nº. 101.126-RJ, relator o Min. Moreira Alves - RTJ 113/314, decisão de 24 de outubro de 1984, publicada no Diário de Justiça em 03 de março de 1985).

Com essa decisão, passaram a coexistir, no ordenamento jurídico brasileiro, dois formatos diferenciados de fundação pública – a criada sob o regime privado para a consecução de finalidades sociais do Estado, na forma consignada no DL 200/1967; e a fundação regida pelo Direito Público, com estatuto jurídico similar ao da autarquia.

O texto original da Constituição Federal de 1988 assentou a figura da fundação autárquica no ordenamento constitucional – instituída por lei; mantida diretamente pelo Orçamento Público, com poderes para exercer atividades privativas de Estado; com quadro de pessoal estatutário; habilitada a emitir precatórios para pagamento de suas dívidas, dentro outras prerrogativas e controles de Direito Público. A previsão constitucional não afetou, entretanto, o estatuto da fundação instituída pelo Estado com regime jurídico de Direito Privado, de que trata o inciso IV do art. 5º do DL 200/1967; passando os dois modelos a coexistirem no Direito Administrativo.

Em 1998, como parte dos projetos de modernização administrativa empreendidos pelo Governo Federal, sob a orientação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 (EC 19/98) promoveu diversas mudanças no Texto Constitucional, sob a égide do princípio da eficiência administrativa, dentre elas a alteração do inciso XIX do art. 37 da Carta Maior, determinando que *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação”*.





Tal alteração ratificou a possibilidade de o Poder Público de instituir fundações dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado, conforme DL 200, ao lado das fundações de Direito Público, existentes.

Leciona Maria Sylvia Di Pietro, acerca das fundações públicas de Direito Privado:

[...] a posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de Direito Privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora. (DI PIETRO, 2007, pp. 323-324.)

Sobre a inserção do modelo de Fundações Públicas de Direito Privado no Direito Administrativo Brasileiro, tem-se uma abordagem completa na doutrina de José Eduardo Sabo Paes (PAES, 2013) direcionada ao tema das fundações, associações e entidades de interesse social, da qual, acerca da legitimidade de tais instituições se extrai a compreensão, com a expertise de doutrinador, com atuação como curador junto à Promotoria de Fundações e Entidades de Interesse Social, de que:

“A Constituição de 1988 por várias vezes se referiu às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, mas em nenhum momento tratou de sua personalidade jurídica. Inclusive as fundações públicas, no direito brasileiro, foram inicialmente equiparadas às empresas públicas, que juntamente com as autarquias e as sociedades de economia mista, compreendiam a Administração Federal indireta, segundo os ditames do Decreto-Lei nº 200/1967, para, logo depois, com o advento do Decreto-Lei nº 900/1969, serem retiradas desse rol. Sendo assim, tem-se, ab initio, que as fundações públicas de Direito Privado, já então previstas no Decreto-Lei nº 200, de 29.02.1967, não guardam qualquer incompatibilidade com as regras constitucionais, como adiante veremos, o que permite inferir que a regra que as definiu tem inteira eficácia”. (PAES, 2013) (grifamos)





No mesmo sentido, entende (CARVALHO FILHO (2008, p. 409 e 410), com amparo em filiação em doutrinadores do escol de José Cretella Junior, Seabra Fagundes, Themístocles Cavalcanti e Hely Lopes Meireles, dentre outros:

“Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Complementando a inovação, a mesma lei criou o §3º do art. 5º do Decreto Lei nº 200/1967 explicitando que ‘as entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.

Não parece haver dúvida de que o legislador tinha em mente a já consolidada ideia relativa às fundações instituídas pelo Poder Público, como pessoas jurídicas de Direito Privado, dotada de muitos pontos de assemelhação com as fundações criadas pela iniciativa privada, inclusive quanto à aquisição de personalidade jurídica através do registro constitutivo. Desse modo, é indiscutível que as entidades introduzidas na Administração Indireta se caracterizam como fundações públicas com personalidade jurídica de Direito Privado e com sua configuração estrutural básica regulada pelo Direito Civil”. (CARVALHO FILHO, 2008).

A Dra. Lenir Santos, especialista em direito sanitário e referência nos temas relativos à direito e saúde, já se manifestou sobre a recepção do DL 200/67, inclusive apontando, como exemplo, dentre outros, o que ocorre com a Lei n. 8.080/1990, art. 35 e Lei n. 8.142/1990, arts. 3.º e 4.º, que definem regras de rateio dos recursos da União para os Estados e Municípios na área da saúde; ambas foram recepcionadas com força de lei complementar após a EC 29/2000, que determinou à lei complementar a fixação desses critérios. Tal lei ainda não existe e os rateios continuam a ser realizados e os recursos transferidos da União para os Estados e Municípios com base na legislação anterior à Emenda, que é uma lei ordinária.

“O art. 5.º, IV, do Decreto-lei 200 foi recepcionado pela Constituição, em especial o seu art. 5.º, IV, com força de lei complementar, por não haver conflito entre as suas





disposições e as da Constituição. As normas são compatíveis, não havendo nenhuma colisão de suas disposições, uma vez que o Decreto-Lei 200, art. 5.º, IV, impõe como limite à atuação da fundação pública de direito privado as atividades públicas dotadas de poder de autoridade. Esse limite estabelecido é o que deve ser observado, até que a lei complementar venha a ser editada estabelecendo quais os campos de atuação das fundações instituídas pelo Estado". (SANTOS & (coord), Fundações Estatais: estudos e pareceres, 2009)

Ademais, Carlos Ari Sunfeld, a respeito da matéria, assim se manifestou:

"Passados mais de oito anos da EC n.º 19/1998, a lei complementar relativa às áreas de atuação das fundações governamentais ainda não foi editada. Em virtude disso, alguém poderia supor que, desde a entrada em vigor da sobredita emenda, estaria vedada a instituição de qualquer fundação pelo Poder Público, dado o vácuo legislativo existente. Consequentemente, se fundações governamentais tivessem sido criadas nesse período, seriam ilegítimas.

Mas assim não é, pois já existia, antes da emenda, a disciplina legal do tema (campos de atuação das fundações governamentais privadas), e ela foi recepcionada pela nova norma constitucional. Trata-se do art. 5.º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, na redação da Lei n.º 7.596, de 1987. É verdade que a regra surgiu originalmente em lei ordinária, mas o certo é que, editada a emenda, foi recepcionada com eficácia de lei complementar.

O caso em tela não é o primeiro nem será o último no qual se está diante de comando constitucional que, embora remeta a regulação de determinada matéria a uma lei complementar, admite a recepção, como tal, de lei ordinária preexistente, no que versar sobre o tema em causa. Como se sabe, é recepcionada a lei ordinária que, sendo preexistente à Constituição, possua conteúdo compatível com as novas disposições constitucionais. Além disso, há entendimento reiterado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a lei ordinária preexistente é recepcionada como lei complementar, se tal status normativo somente tenha sido demandado pela ordem constitucional que lhe seja posterior.

No ordenamento brasileiro, o exemplo mais conhecido é o do Código Tributário Nacional, consubstanciado na Lei federal n.º 5.172, de 1966. Ele tinha status de lei ordinária quando de sua criação e foi recepcionado como lei complementar pela Carta de 1988, que, em seu art. 146, exigiu o tratamento do assunto por essa fórmula





legislativa. No caso das fundações governamentais, ocorre situação análoga à do Código Tributário Nacional, pois também já existia norma tratando de suas áreas de atuação, no citado art. 5º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, em sua redação vigente. privadas), e ela foi recepcionada pela nova norma constitucional. Trata-se do art.

5.º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, na redação da Lei n.º 7.596, de 1987. É verdade que a regra surgiu originalmente em lei ordinária, mas o certo é que, editada a emenda, foi recepcionada com eficácia de lei complementar.” (SUNDFELD, 2006)

Citem-se, também, posicionamentos manifestados por membros do Supremo Tribunal Federal acerca das fundações instituídas pelo Poder Público, convergentes com os entendimentos doutrinários sobre essas entidades; tais como o trecho do voto da Ministra Ellen Gracie no Recurso Extraordinário nº 219.900-1 RS, requerido pela Fundação de Ciência e Tecnologia, com base na sua lei de criação que dispõe, que no caso de extinção, todos os bens da fundação serão revertidos ao patrimônio do Estado:

“a denominação “pública” não confere à Recorrente personalidade jurídica de direito público. Suas atividades não são típicas de Estado, podendo ser desenvolvidas por qualquer outra entidade. Sendo pessoa jurídica de direito privado, não se aplica o previsto no artigo 100, caput, da Constituição Federal”. (Agravo no Recurso Extraordinário nº 219.900-1 Rio Grande do Sul, publicado no Diário de Justiça de 16.08.2002).

Ainda sobre a natureza das fundações, reconheceu o STF, no Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-4 – Rio Grande do Sul, em 19 de novembro de 2007, que a distinção entre as fundações *“decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços prestados.”* Importante destacar, nesse caso, trecho do voto da Ministra Relatora Carmen Lucia, acerca da natureza jurídica das fundações instituídas pelo Estado:

(...) A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. Nesse sentido, ao tratar da natureza jurídica das fundações, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que:





“Saber se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Público ou de Direito Privado é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada”. (Mello, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.168).

Hely Lopes Meirelles ensina que:

“... a Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, (instituiu) as denominadas fundações públicas, ora chamando-as de ‘fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público’ ... ora de ‘fundação pública’ ... ora de ‘fundações mantidas pelo Poder Público’... ora simplesmente de ‘fundação’... Com esse tratamento a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das empresas governamentais. Nesse sentido, já decidiu o STF, embora na vigência da constituição anterior, que ‘tais fundações são espécie do gênero autarquia’. Não entendemos como uma entidade (fundação) pode ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem esses conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direito e restrições pertinentes às autarquias’ (MEIRELLES, Hely Lpes – Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, p.356).

A interpretação e aplicação daquele dispositivo, nos tempos que se seguiram à promulgação da constituição de 1988, levaram à distinção entre as fundações simplesmente instituídas pelo Poder Público e aquelas mantidas pelo Poder Público, às quais se atribuiu, em geral, natureza de direito público e regime jurídico idêntico. (...) Aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração Pública (edições posteriores ao advento daquela Emenda), onde se observa: “A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de direito privado: ‘somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo á lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação’. A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito





Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia” (Idem, Ibidem).”

(...) quando veio a Constituição de 1988, o constituinte encontrou um quadro, um retrato em que havia fundações de direito privado com servidores empregados, celetistas, e não se conseguiu destruir isso de uma hora para outra, até porque não havia como se fazer.

O retorno que a Emenda Constitucional n. 19 fez foi exatamente porque continuavam existindo fundações que eram instituídas e não mantidas, pagas com dinheiro público e tinham empregados e tudo o mais. Existiam fundações instituídas, durante algum tempo, mantidas, e com servidores submetidos ao regime da CLT. Portanto, diferentes das fundações públicas. As fundações ditas de direito público são essas que o Hely Lopes Meirelles diz que, estranhamente, chamavam-se equiparadas às autarquias e que algumas constituições estaduais até mantinham essa terminologia: fundações autárquicas. O que era uma contradictio in terminis.

De toda a sorte, isso continuou prevalecendo, até que, em 1998, o constituinte reformador resolveu que não, era melhor verificar que, de fato, existiam essas diferenciações e era preciso mantê-las, porque não havia como submeter todas ao Regime Jurídico Único do servidor público, previsto inicialmente no caput do artigo 39 da Constituição.” Trecho do voto da Ministra Relatora Carmen Lucia na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-4 Rio Grande do Sul, de 19 de novembro de 2007)

Merecem, também, destaque, trechos dos votos dos Ministros Menezes, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, na supramencionada ADI, os quais, acompanhando o voto da Ministra Relatora, fazem menção ao regime jurídico das fundações instituídas pelo Estado:

“A matéria chegou a suscitar muitas controvérsias na doutrina, mas, efetivamente, como disse a Ministra Cármen Lúcia, com a Emenda Constitucional nº 19, na realidade, restabeleceu-se a possibilidade da instituição de fundações sob o regime privatista, porque se retirou a expressão “fundações de direito público” e colocou-se as fundações ao lado da sociedade de economia mista e das empresas públicas.” (Em





voto do Ministro Menezes Direito, fl. 15, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-4 Rio Grande do Sul, de 19 de novembro de 2007).

“Com a Emenda Constitucional nº 19, de fato, já se manteve a possibilidade de o poder público criar fundações tanto de Direito Privado como de Direito Público, porque depende do regime que a lei complementar expressamente determinar. Por esse motivo que, no dispositivo, no tocante às fundações, colocou-se a oração subordinada de acordo com a lei complementar, que vai determinar o seu alcance, o seu regime.”(esclarecimento do Ministro Menezes Direito, fl. 17, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-4 Rio Grande do Sul, de 19 de novembro de 2007).

“Verifico que há fundações com regime diferenciado” (Em voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fl 19, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-4 Rio Grande do Sul, de 19 de novembro de 2007)

“Aprendi com o meu Professor no Largo de São Francisco, Silvio Marcondes, imenso comercialista, que escreveu um notável artigo sobre as fundações, que existem autarquias fundacionais, pessoas jurídicas de direito público, e as fundações, pessoas jurídicas de direito privado.” (Em voto do Ministro Eros Grau, fl. 20, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-4 Rio Grande do Sul, de 19 de novembro de 2007)

“Autarquia fundacional é uma expressão clássica na doutrina desde o artigo do Silvio Marcondes. O Professor Celso Antonio usa exatamente a mesma expressão” (Esclarecimento do Ministro Eros Grau, fl. 25, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-4 Rio Grande do Sul, de 19 de novembro de 2007).

Permanecem, portanto, vigentes até hoje, os dispositivos do DL 200/1967 que versam sobre a fundação pública de Direito Privado, recepcionados pela Constituição Federal, especialmente após a EC 19/1998, que reconhece variações, dentro do gênero da “fundação” instituída pelo Poder Público, e se utiliza de diferentes termos para tratar dessas entidades; denominando-as:

- a) fundação/fundações ao tratar das entidades integrantes da administração indireta, ao lado das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, incisos XVII e XIX; art. 39, § 7º; art. 40, art. 163 e art. 202);*
- b) fundações instituídas e mantidas, nos dispositivos que tratam das fundações públicas dependentes diretamente dos recursos do Tesouro (art. 71, incisos I, II e III; art. 140, §2º; art. 158, inciso I; art. 165, I e III);*
- c) “administração pública fundacional”, ao tratar de regras incidentes nos órgãos e entidades regidos integralmente pelo Direito Público (arts. 22, inciso XXVII; art. 37, inciso XI; e art. 38); e*





d) “*fundação pública*” (art. 39, caput); expressão que havia sido suprimida do Texto Constitucional pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998 e retornou à Carta Magna por força da decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4.

Segundo as lições da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra Direito Administrativo (DI PIETRO, 2007), conceituam-se as fundações instituída 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.” (DI PIETRO, 2007)

E, ainda:

“[...] a posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas, todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de Direito Privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas se submetem ao controle estatal para que a vontade do poder público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora”. (DI PIETRO, 2007)

Comissão formada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em 2008⁷, composta pelos renomados professores e doutrinadores do Direito Administrativo Brasileiro – Sergio de Andrea Ferreira, Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sunfeld, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Modesto e Maria Coeli Simões Pires, assim tratou as fundações públicas de Direito Privado, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração

⁷ A Comissão de Juristas foi instituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, alterada pela Portaria nº 84, DE 23 de abril de 2008, com a finalidade de analisar as figuras jurídico-institucionais de atuação do Poder Público existentes no ordenamento jurídico brasileiro e elaborar anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração.





Federal e Entes de Colaboração, por eles elaborado e apresentado ao Governo (COMISSÃO DE JURISTAS, 2009):

Se, por um lado, a Comissão propõe submeter ao regime autárquico as fundações de Direito Público, por outro, entende que a fundação estatal de Direito Privado é um modelo jurídico não só compatível com a Constituição como indispensável para a atuação eficiente do Estado na área social. Sua utilização, hoje bastante dificultada por conta de dúvidas jurídicas, se tornará plenamente viável se houver clareza jurídica quanto a seu regime – e, claro, se ela estiver sujeita ao regime mínimo das entidades estatais imposto pela Constituição, como também ocorre com as empresas estatais.

A recuperação da figura da fundação estatal de Direito Privado tem de ser acompanhada da construção de um regime jurídico flexível de gestão, que lhe permita cumprir de modo eficiente suas missões, sem perda dos controles públicos.

Em 2004, a constatação do esgotamento dos formatos jurídicos regidos exclusivamente pelo Direito Público, como os órgãos da administração direta, as autarquias e as fundações autárquicas, para a atuação estatal na implementação das políticas públicas sociais, levou o Governo Federal a promover estudos, com participação de representantes da área da saúde, da área da educação, juristas e outros colaboradores, no objetivo de identificar soluções jurídico-administrativas mais compatíveis com a natureza das atividades e serviços públicos a serem realizados, que assegurassem, por um lado, maior agilidade e flexibilidade a ação estatal e, por outro lado, fossem dotadas de controles mais efetivos, voltados para os resultados esperados pela população (MPOG/SEGES, 2007).

Entendia, o Governo, já naquela época, que a rigidez do regime administrativo imposto às estruturas públicas regidas integralmente pelo Direito Público constituía um fator de limitação à capacidade de governança dos órgãos e entidades públicos responsáveis pelo provimento de serviços públicos sociais, notadamente no que se refere à gestão de pessoal, à gestão orçamentária e ao processo de compras e licitações (MPOG/SEGES, 2007).

Depoimento do Departamento de Gestão Hospitalar no Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, prestado durante a execução das ações do





grupo de trabalho coordenado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em 2004, apontava que:

“O atual modelo de gestão dos institutos e hospitais federais do Rio de Janeiro tem se mostrado insuficiente para fazer face às complexidades inerentes ao universo administrativo hospitalar. Seu enquadramento como órgãos da Administração Direta – AD, não tem assegurado a agilidade e a flexibilidade necessárias aos processos de aquisição, incorporação tecnológica, contratação, estruturação de carreira e remuneração de servidores, entre outros. Tal “engessamento” levou, nos casos do Instituto Nacional do Câncer, Instituto de Traumatologia e Ortopedia, Instituto Nacional de Cardiologia de Laranjeiras e o Hospital Geral de Bonsucesso, assim como em diversas unidades, particularmente os hospitais universitários no país todo, à criação da figura da fundação de apoio, de caráter privado, permitindo maior autonomia administrativa, ainda que sem efetiva institucionalização desta autonomia. Assim, as fundações têm sido instrumentos de viabilização das ações para as quais a resposta da administração direta é inadequada, em particular no que diz respeito à gestão de recursos humanos, permitindo remuneração compatível com a qualificação exigida nas várias áreas técnicas.

Esse processo, entretanto, vem sendo objeto de contestação por parte de órgãos de controle interno e externo da ação governamental, em particular do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, o que coloca em risco políticas de recursos humanos das unidades hospitalares e institutos, algumas das quais contendo significativas inovações gerenciais, tais como avaliação e remuneração por desempenho. De fato, a qualidade da atenção hospitalar prestada por essas instituições estará ameaçada se uma alternativa de gestão não for encontrada em curto prazo”. (MPOG/SEGES, 2007)

A constatação era a de que, na ausência de um formato jurídico-administrativo ajustado à ação do Estado nas áreas sociais, governantes de diversos entes federativos vinham sendo induzidos a adotar práticas e recursos institucionais alternativos para obter maior agilidade e flexibilidade gerenciais, nem sempre com a devida sustentação legal e normativa, tais como a como a expansão das relações com fundações de apoio para além dos limites legais, colocando os gestores públicos em risco jurídico; assim como a celebração de parcerias com entidades civis sem fins lucrativos qualificadas como organizações sociais (OSs) ou organizações da sociedade civil de interesse





público (OSCIPs), com o objetivo de terceirização de mão-de-obra e/ou flexibilização no seu processo de compras.

Nesse período foi aproveitada discussão sobre a fundação estatal - em curso no Grupo Hospitalar Conceição, do Ministério da Saúde, situado em Porto Alegre - pelo MPOG, em parceria com o MS (2005), para aprofundamento do modelo em relação a mudança das estruturas dos hospitais federais, com sede no Estado do Rio de Janeiro.

À época, havia dificuldades em manter quadros qualificados e especializados em serviços, muitas vezes de alta complexidade e sem capacidade de atender à demanda social, pela falta absoluta de mão de obra. Os processos usuais de contratação, remuneração, gestão do desempenho e demissão, nesses casos revelava-se inadequado; sem contar as dificuldades de financiamento do setor, com possibilidades limitadas de geração de fontes alternativas de receitas.

Destaque-se, como parênteses, que passados quinze anos do início desses estudos, persistem até hoje, na área da saúde pública, essas dificuldades de gestão, como registrado no Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União – TCU, referente ao TC 017.783/2014-3, que deu origem ao Acórdão nº 352, de 2016:

(...) 26. Um dos maiores problemas enfrentados na gestão dos sistemas municipais de saúde corresponde à falta de profissionais de saúde, sejam médicos, enfermeiros, entre outros. Segundo Levantamento realizado pelo TCU em 2013 (TC 026.797/2013-5), 10% dos leitos hospitalares estavam indisponíveis, sendo que a principal causa apontada pelos gestores, em quase 50% dos casos, referia-se à falta de profissionais de saúde.

27. Em 2013, uma das questões que mais recebeu atenção no Brasil foi a contratação temporária de médicos estrangeiros pelo SUS. O Programa “Mais Médicos” do Ministério da Saúde foi instituído a partir do diagnóstico de que algumas regiões do país não contam com médicos suficientes para garantir atendimento adequado à população. Além disso, haveria uma grave desigualdade na sua distribuição, tanto entre as unidades da federação quanto dentro delas, com concentração de profissionais nas capitais.

28. Segundo o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CRM-SP), o país contava em 2010 com 1,86 médicos por 1.000 habitantes, o quinto menor valor entre 37





países com dados na OCDE. Todavia, além de o país apresentar uma quantidade de médicos baixa na comparação internacional, existem graves distorções na distribuição dos médicos entre os estados da federação, e também entre os municípios - capitais e o interior.

29. A distribuição dos médicos segue o porte dos municípios. Os 38 municípios com mais de quinhentos mil habitantes concentram 47,91% dos postos de médicos. O Brasil possui 1.302 municípios com até cinco mil habitantes, mas apenas 914 médicos atuam nestes municípios. Por conseguinte, caso se considere que nenhum dos municípios conta com mais de um médico, ainda assim 388 municípios não dispõem de um único médico.

30. Além da comparação entre capitais e interior, é preciso considerar também as diferenças entre os sistemas público e privado de saúde no Brasil. Parte da população recorre a planos de saúde privados, o que lhe confere maior acesso a serviços de saúde. Segundo o CRM-SP, para cada 1.000 usuários de planos de saúde, existem 7,60 postos de trabalho médico ocupados, enquanto que para a população dependente do SUS este índice é 1,95. É preciso ressaltar que posto de trabalho médico ocupado é diferente do indicador de médicos por 1.000 habitantes, pois um mesmo médico pode ocupar mais de um posto de trabalho; pode, por exemplo, ocupar simultaneamente um posto público e outro privado.

31. O SUS enfrenta diversos obstáculos para contratar médicos e outros profissionais de saúde. Além de muitos profissionais não desejarem se deslocar para localidades distantes dos grandes centros e com estrutura muitas vezes precária, os salários dos servidores públicos municipais estão limitados pelo subsídio do prefeito, que não é atrativo para profissionais de nível superior, principalmente aqueles de maior especialização. Muitos concursos públicos realizados terminam desertos ou há uma alta rotatividade porque os servidores selecionados em pouco tempo procuram outras oportunidades. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4/5/2000) também impõe limites para gastos com pessoal, o que dificulta a ampliação dos quadros das secretarias de saúde, sendo que as despesas com pessoal na área de saúde consomem por volta de 80% do montante de seus recursos.

32. Diante desse quadro, os governantes têm adotado medidas alternativas para a contratação de profissionais de saúde, em muitos casos sem suporte legal que as autorizem. (...) (TCU - GRUPO I – CLASSE V – Plenário - TC 017.783/2014-3).

No supracitado Relatório, ressalta o TCU, inclusive, sobre o uso inadequado dos formatos de parceria e fomento entre o Poder Público e entidades civis sem fins lucrativos, como as





Organizações Sociais, OSCIPS e outras como estratégia de fuga dos rigores do regime administrativo, tais como a terceirização de mão-de-obra e compras e contratação de serviços sem licitação:

Diante da necessidade de contratar profissionais de saúde por vias diferentes do concurso público, muitos entes governamentais adotam diversos tipos de instrumentos jurídicos: contrato de gestão, termo de parceria, convênio, contrato administrativo, credenciamento, etc. (Acórdão TCU nº 352/ GRUPO I – CLASSE V – Plenário. TC 017.783/2014-3. Item 104 do Relatório de Auditoria)

A escolha do modelo da fundação estatal para ação pública na área social foi assim justificada na Cartilha elaborada pelo Ministério do Planejamento, denominada Projeto Fundação Estatal – Principais Aspectos:

Concebida a partir da noção fundamental de Estado Democrático de Direito, a Fundação Estatal é aberta à participação cidadã, responsável e qualificada, embora preserve a estrutura de propriedade pública, com sistema de governança estatal, onde o processo decisório se mantém dentro do espaço público. Garante a presença do Estado, mas caracteriza-se pela sintonia com as formas cooperativas de ação do Estado, inclusive, com os demais entes federados e com a sociedade.

Dotada de autonomia gerencial, orçamentária e financeira, a fundação estatal é regida por regras do Direito Privado, à semelhança do formato da empresa estatal sem, entretanto, se referenciar no modelo competitivo da busca pelo lucro. O modelo é próprio para a atuação do Estado em áreas que não lhe são exclusivas, ou seja, onde não é requerido o exercício do seu poder de autoridade, como a saúde, educação, cultura, esporte, turismo, tecnologia, assistência social, dentre outras. (MPOG/SEGES, 2007).

Como resultado dos estudos, em 2007, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional Proposta de Lei Complementar nº 92, cujo objeto era cumprir o comando constitucional da parte final do inciso XIX do art. 37 da Carta e disciplinar as áreas em que essas fundações poderiam ser instituídas.

Além disso, os estudos orientaram o remodelamento da categoria jurídica da fundação pública de Direito Privado, para o seu alinhamento aos paradigmas estabelecidos pela Constituição Federal de 88 (especialmente após as emendas da EC/19) para a atuação do Poder Público na ação





direta do Estado na promoção de serviços públicos sociais à sociedade brasileira; especialmente no que tange à incorporação de institutos de participação e controle social e gestão por resultados, que proporcionassem maior autonomia na gestão dos recursos internos da entidade, com maior controle dos resultados institucionais alcançados, dentro do princípio da eficiência administrativa.

Resta lembrar que a adoção de institutos jurídicos públicos, regidos por um regime administrativo mais flexível do que o das autarquias e fundações públicas de Direito Público, em setores de prestação de serviços sociais diretos à população, não é uma novidade no País. No setor de saúde pública há entidades públicas de Direito Privado consideradas como referência de qualidade de serviços, como é o caso, no Governo Federal, do Hospital de Clínicas de Porto Alegre e o Grupo Hospitalar Conceição⁸. Mais recentemente criaram-se as empresas estatais HEMOBRÁS⁹, vinculada ao Ministério da Saúde e EBSEH¹⁰, vinculada ao Ministério da Educação.

A análise do desempenho dessas entidades demonstra que a adoção de um regime administrativo mais flexível favorece o ganho efetivo de qualidade nos serviços ofertados à população. A gestão fica mais ágil, eficiente e capaz de se adaptar, mais rapidamente, às mudanças e urgências na demanda. Percebeu-se, todavia, que o modelo empresarial de atuação do Estado não é integralmente adequado para o setor de oferta direta de serviços públicos sociais aos cidadãos. A ausência de privilégios tributários e processuais, que se aplicam às atividades lucrativas do Estado, não se sustenta em uma área de atividade que, por natureza intrínseca, tem como objetivo gerar lucro social e não financeiro e que tende a ser deficitária, por um simples cálculo de volume de demanda e recursos disponíveis (SALGADO, 2012).

⁸ O Grupo Hospitalar Conceição – GHC não foi criado pelo Poder Executivo Federal. Foi constituído como uma sociedade de economia mista, vinculado ao Ministério da Saúde, a partir da desapropriação por utilidade pública, com base no Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Em 2012, o Decreto nº 7.718, autorizou a incorporação do Hospital Cristo Redentor S.A. e do Hospital Fêmima S.A. pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. e os transformou em empresa pública, com 100% de capital da União.

⁹ A Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRAS foi criada mediante autorização da Lei nº 10.972, de 2 de dezembro de 2004, tendo seu estatuto sido aprovado pelo Decreto nº 5.402, e 2005. Sua finalidade institucional é produzir, desenvolver e pesquisar medicamentos hemoderivados e biotecnológicos com excelência na qualidade, sustentabilidade e satisfação do corpo funcional e de clientes, para atender prioritariamente ao Sistema Único de Saúde. Seu cliente prioritário é, portanto, o Ministério da Saúde, uma vez que a Constituição Federal veda todo tipo de comercialização do sangue (art. 199, §4º).

¹⁰ A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH foi criada pelo Decreto nº 7.661, de 02 de junho de 2012, por autorização da Lei nº Lei nº 12.550, 2011, com a finalidade institucional de prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como prestar serviços de apoio ao ensino, à pesquisa, e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres observada, nos termos do art. 207 da Constituição, a autonomia universitária.





Quanto ao PLP 92, em seu trâmite no Congresso Nacional, incorporou diversas emendas que expandiram os regramentos e dispuseram, de forma geral, sobre o estatuto jurídico das fundações públicas de Direito Privado, não tendo, entretanto, logrado apreciação conclusiva até a presente data.

Na ausência da definição das áreas de atuação das fundações, alguns entes da Federação, no exercício da competência legislativa que lhe assegura o §3º do art. 24 da Constituição Federal, aprovaram leis complementares que fixam as áreas de atuação das fundações estatais, em seu âmbito, até que a União atenda de forma efetiva ao comando constitucional do inciso XIX do art. 27. Outros Estados e Municípios por entenderem recepcionado disposto no DL 200, art. 5º, IV, que veda a atuação da fundação estatal em área que exija poder de autoridade do Estado, instituíram fundação por lei ordinária como o estado de Sergipe, as cidades de Bauru, Curitiba, diversos municípios da Bahia dentre outros.

É esse o caso do Estado do Rio de Janeiro, que em 2007 aprovou a Lei Complementar nº 118, que estabelece critérios para a criação e estruturação de Fundações Estatais, define a área de sua atuação, na forma do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.

LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2007.

DEFINE A ATIVIDADE DE SAÚDE COMO ÁREA DE ATUAÇÃO ESTATAL SUJEITA A DESEMPENHO POR FUNDAÇÃO PÚBLICA, NOS TERMOS DO INCISO XIX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica a atividade de saúde enquadrada, para os fins do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, como área de atuação passível de exercício por fundação pública de direito privado.

Art. 2º - O Poder Executivo poderá instituir, mediante autorização legislativa específica, fundações públicas sem fins lucrativos com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio e receitas próprias e autonomia gerencial orçamentária e financeira para o desempenho da atividade prevista no art. 1º desta Lei Complementar.





Art. 3º - Caberá a lei autorizativa de criação da fundação pública de direito privado dispor sobre seu regime jurídico e indicar as bases de seu estatuto.

§ 1º - O pessoal da fundação pública será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sua admissão deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e a sua demissão deverá respeitar processo administrativo que resguarde ampla defesa e contraditório.

§ 2º - Nos concursos públicos é assegurado percentual de vagas à pessoa com deficiência conforme o disposto no artigo 37, Inciso VIII, da Constituição Federal.

Art. 4º - Fica proibida a demissão imotivada dos servidores contratados pelo regime celetista.

Art. 5º - A Fundação Pública de direito privado estará sujeita à fiscalização do sistema de controle interno próprio de cada Poder e do Tribunal de Contas do Estado.

Art. 6º - A aquisição de bens e serviços pela Fundação Pública submeter-se-á às disposições da Lei das Licitações e Contratos Administrativos.

Art. 7º - Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2007.

SÉRGIO CABRAL

Governador

Com base nas disposições legais que o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 5.164/2007 e instituiu a Fundação Pública com sujeição ao regime jurídico de direito privado.

4.2. ATUAÇÃO DAS FUNDAÇÕES ESTATAIS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PECULIARIDADES DO REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES ESTATAIS¹¹. PANORAMA DAS FUNDAÇÕES ESTATAIS DE SAÚDE NO BRASIL.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Sistema Único de Saúde, introduziu um desafio extraordinário ao Poder Público e à sociedade de um modo geral, e aos que trabalham com a Saúde Pública em especial: implantar um sistema de saúde unificado e descentralizado em uma

¹¹ Referencial. Cardozo Junior, Ailton da Silva. A gestão compartilhada, colaborativa, participativa e interfederada da Estratégia Saúde da Família – A Experiência da Fundação Estatal Saúde da Família da Bahia. Terceiro Setor e Parcerias Públicas na área da saúde. Ed. Fórum. 2011





federação e dar efetividade aos princípios democráticos contidos na Carta Magna, notadamente a universalidade e a integralidade.

A efetividade das garantias constitucionais na área da saúde trazidas pela Constituição de 1988, e a real implantação do SUS, é uma tarefa de construção permanente que exigiram e exigem mudanças de paradigmas e a capacidade de redesenhar as necessidades e os instrumentos de ação. Há ainda um longo e permanente caminho para dar cumprimento à Constituição e efetivar a construção do Sistema Único de Saúde.

Diz a Constituição no artigo 198: *“As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”.*

Para organizar essa rede hierarquizada, a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) fixou atribuições e competências para os diversos entes da Federação, estabelecendo uma necessária articulação entre os mesmos, de modo a dar eficiência às ações, criando mecanismos gerais para desenhar os contornos da cooperação, coordenação e financiamentos.

A Lei nº 8.142/90, por sua vez, criou mecanismos de transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e disciplinou instrumentos de participação popular na gestão do SUS, que são a espinha dorsal do Sistema e instrumento imprescindível para a sua efetividade.

O SUS, portanto, é um sistema único composto de ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com diretrizes de descentralização, com direção única em cada esfera de governo, e que tem como princípios o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, além da participação da comunidade.

A Lei 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, estabelece as regras gerais do Sistema Único de Saúde no qual todos os entes públicos, sejam da administração direta ou indireta, constituem um todo





orgânico e interrelacionados, por objetivos e interesses comuns com atuações que têm por diretrizes hierarquização, regionalização, colaboração e compartilhamento.

Assim, as normas gerais que regem o Sistema Único de Saúde fixam competências e corresponsabilidades com o intuito de possibilitar o estabelecimento de uma rede unificada e harmônica, em que cada ente e instituição integrante deve agir em coordenação, compartilhamento e colaboração.

Com o objetivo de implementar a execução do Sistema instituído pela Constituição de 1988, criando-se uma rede descentralizada que assegurasse a alocação de recursos de forma eficiente na busca da integralidade, os entes Federativos organizam-se por meio de entidades, instituições e instrumentos normativos pactuados.

Nesse sentido as fundações estatais constituem um desses modelos organizacionais que muito têm viabilizado, na área da saúde a concretização da assistência, através do SUS que se coadunam com as diretrizes positivadas na NOB 96 – Norma Operacional Básica – Portaria GM/MS nº 2.203, de 5 de novembro de 1996¹², conforme sintetiza a sua exposição de motivos:

“PORTARIA Nº 2.203, DE 5 DE NOVEMBRO DE 1996.

1. INTRODUÇÃO

Os ideais históricos de civilidade, no âmbito da saúde, consolidados na Constituição de 1988, concretizam-se, na vivência cotidiana do povo brasileiro, por intermédio de um crescente entendimento e incorporação de seus princípios ideológicos e doutrinários, como, também, pelo exercício de seus princípios organizacionais.

Esses ideais foram transformados, na Carta Magna, em direito à saúde, o que significa que cada um e todos os brasileiros devem construir e usufruir de políticas públicas – econômicas e sociais – que reduzam riscos e agravos à saúde. Esse direito significa, igualmente, o acesso universal (para todos) e equânime (com justa igualdade) a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (atendimento integral).

A partir da nova Constituição da República, várias iniciativas institucionais, legais e comunitárias foram criando as condições de viabilização plena do direito à saúde.

¹² Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html> Acesso em 06/06/2019.





Destacam-se, neste sentido, no âmbito jurídico institucional, as chamadas Leis Orgânicas da Saúde (Nº. 8.080/90 e 8.142/90), o Decreto Nº.99.438/90 e as Normas Operacionais Básicas (NOB), editadas em 1991 e 1993.

Com a Lei Nº 8.080/90, fica regulamentado o Sistema Único de Saúde - SUS, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que agrega todos os serviços estatais – das esferas federal, estadual e municipal – e os serviços privados (desde que contratados ou conveniados) e que é responsabilizado, ainda que sem exclusividade, pela concretização dos princípios constitucionais.

As Normas Operacionais Básicas, por sua vez, a partir da avaliação do estágio de implantação e desempenho do SUS, se voltam, mais direta e imediatamente, para a definição de estratégias e movimentos táticos, que orientam a operacionalidade deste Sistema.

2. FINALIDADE

A presente Norma Operacional Básica tem por finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a conseqüente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS.

Esse exercício, viabilizado com a imprescindível cooperação técnica e financeira dos poderes públicos estadual e federal, compreende, portanto, não só a responsabilidade por algum tipo de prestação de serviços de saúde (Artigo 30, inciso VII), como, da mesma forma, a responsabilidade pela gestão de um sistema que atenda, com integralidade, à demanda das pessoas pela assistência à saúde e às exigências sanitárias ambientais (Artigo 30, inciso V).

Busca-se, dessa forma, a plena responsabilidade do poder público municipal. Assim, esse poder se responsabiliza como também pode ser responsabilizado, ainda que não isoladamente. Os poderes públicos estadual e federal são sempre corresponsáveis, na respectiva competência ou na ausência da função municipal (inciso II do Artigo 23, da Constituição Federal). [...]

Isso implica aperfeiçoar a gestão dos serviços de saúde no país e a própria organização do Sistema, visto que o município passa a ser, de fato, o responsável imediato pelo atendimento das necessidades e demandas de saúde do seu povo e das exigências de intervenções saneadoras em seu território.

Ao tempo em que aperfeiçoa a gestão do SUS, esta NOB aponta para uma reordenação do modelo de atenção à saúde, na medida em que redefine:





- a) os papéis de cada esfera de governo e, em especial, no tocante à direção única;*
- b) os instrumentos gerenciais para que municípios e estados superem o papel exclusivo de prestadores de serviços e assumam seus respectivos papéis de gestores do SUS;*
- c) os mecanismos e fluxos de financiamento, reduzindo progressiva e continuamente a remuneração por produção de serviços e ampliando as transferências de caráter global, fundo a fundo, com base em programações ascendentes, pactuadas e integradas;*
- d) a prática do acompanhamento, controle e avaliação no SUS, superando os mecanismos tradicionais, centrados no faturamento de serviços produzidos, e valorizando os resultados advindos de programações com critérios epidemiológicos e desempenho com qualidade;*
- e) os vínculos dos serviços com os seus usuários, privilegiando os núcleos familiares e comunitários, criando, assim, condições para uma efetiva participação e controle social”.*

Cumpra-se atentar que, conforme determina o artigo 4º c/c artigo 24 e 25 da Lei Federal 8.080/90, a participação das entidades privadas no SUS, deve se dar apenas em caráter complementar. Nesse passo, a transferência da prestação de serviços de saúde ao setor privado (no sentido de instituições de direito privado) sem antes perpassar pelas opções de entidades públicas, como as fundações públicas de direito privado, violaria o princípio contido nos referidos dispositivos.

Outra premissa para o modelo é que ele fosse participativo. Nesse passo, cumpre ressaltar que a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde é uma diretriz (artigo 198, inciso III, da CF), de tal modo basilar para o sistema, que pode ser considerado um princípio formador.

Não se pode transformar os preceitos Constitucionais em letra morta. Portanto, quando o legislador diz que o Sistema de Saúde do País é único, descentralizado, regionalizado, com prioridade na prevenção e com a participação comunitária, tais princípios devem, obrigatoriamente, permear toda interpretação do sistema normativo construído para dar efetividade à saúde.

No moderno constitucionalismo impera a normatividade dos princípios constitucionais, consoante a teoria da normatividade dos princípios pensada inicialmente pela Escola





de Harvard, através do jurista Ronald Dworkin, e, posteriormente, aperfeiçoada pelo alemão Robert Alexy¹³.

A esse respeito, merece transcrição o pensamento de Carmén Lúcia Antunes Rocha¹⁴, *in verbis*:

“Em sua natureza jurídica, os princípios constitucionais têm normatividade incontestável, quer dizer, contêm-se nas normas jurídicas do sistema fundamental. Estas normas, nas quais residem os princípios constitucionais, são superiores a quaisquer outras, em razão do conteúdo expressa ou implicitamente nelas formalizado. A norma jurídica não é, pois, o objeto do Direito, mas o instrumento pelo qual o raciocínio jurídico se firma. O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal. A norma, entretanto, singulariza o princípio de Direito por dotá-lo do poder, que a ela é inerente, para se impor e determinar sua aplicação obrigatória e incontestável. Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer de normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral. Esta qualidade talvez represente o maior avanço a que chegou o constitucionalismo contemporâneo, pois a normatividade dos princípios alterou a face e o conceito de Constituição. A norma que dita um princípio constitucional não se põe a contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo: põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam”.

Não resta dúvida de que há normatividade autoaplicável nos princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal, e seus preceitos vinculam diretamente os órgãos do poder estatal sobre o Sistema Único de Saúde, sua implementação e gestão. Daí a necessidade de proteção e propulsão do modelo das fundações estatais como instrumento operativo para o SUS, ante o que a devida regulamentação por Lei Complementar é medida que já se faz tardia.

Os princípios constitucionais, então, são positivados no sistema jurídico para produzir efeitos e devem produzi-los efetivamente. A sua inobservância, portanto, significa a negação dos

¹³ Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.50-76.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal - STF – ADI 191/RS – 2007 – Rel. Min. Cármen Lúcia.





efeitos a que se deve prestar obediência, como preconiza a lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁵:

“A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência sobre todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas mestras que o sustêm e alui-se toda a estrutura nele esforçada”.

Um aspecto essencial a ser destacado, no tocante aos modelos das fundações estatais na área da saúde é que, por observância à principiologia e aos vetores do SUS, tais modelos, em sua estruturação organizacional e diretiva contemplam a representação e efetiva participação da sociedade.

Alinha-se, portanto, à circunstância de que a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação, baseados na “cultura do diálogo” e na oitava das divergências sociais seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapondo-se à atuação da sociedade civil (o papel principal da Administração Pública, nesta ótica, é o de favorecer o trabalho da sociedade sobre ela mesma). As relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, pois a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. A Administração, logo, em muitos casos, deve-se postar em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade. Ao lado dos mecanismos tradicionais da coerção, injunção e do constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passa a utilizar principalmente a orientação, a persuasão, a ajuda.

Cumpra aqui apontar que dentro do Título VIII da Constituição Federal, onde são tratados os assuntos da ordem social, apenas a saúde, tem expressamente a sua garantia considerada dever único do Estado no caput do dispositivo que a menciona, por ter o legislador constituinte a total dimensão da necessidade e importância de acesso a esse direito, já que absolutamente inerente ao

¹⁵ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.





direito à vida, este, a nosso ver, o maior de todos os direitos fundamentais, insculpido no caput do art. 5º da Constituição.

Inegável que sem a garantia ao acesso à saúde pelo Estado, que é o fiel garantidor do acesso pleno aos direitos e garantias fundamentais, resta sensivelmente prejudicado o direito à vida.

Diferentemente agiu o legislador constituinte ao tratar do direito à educação no art. 205 da CF/88 (apesar de também se tratar de garantia fundamental e que é dever do Estado), pois completou a redação do dispositivo aduzindo que a sua promoção e incentivo deverão ser realizados em colaboração com a sociedade.

A diferenciação obviamente decorre de uma forma de hierarquização de direitos, não por ser o direito à educação menos importante do que o direito à saúde ou à vida, mas simplesmente pelo fato de que sem saúde, não há vida e sem vida sequer há direito algum.

Assim, é correta a interpretação do texto constitucional quanto à obrigação do Estado em garantir por ele próprio, prioritariamente, a prestação dos serviços de saúde, uma vez que a Carta Magna taxativamente aponta como sendo dever do Estado entregar o acesso à saúde de forma universal e igualitária, conforme se depreende da redação do art. 196.

Outrossim, a sequência do texto constitucional assevera a relevância pública das ações e serviços de saúde, determinando a competência do Poder Público para dispor em lei sobre a regulamentação, fiscalização e controle.

Contudo, mais importante que isso, o legislador constituinte ordenou pelo art. 197 da Constituição a execução das ações e serviços de saúde, que, na esteira do conteúdo obrigacional assentado nos seus art. 5º, art. 6º e art. 196, o próprio Estado deve agir prioritária e diretamente na promoção das ações e serviços de saúde, permitindo a atuação de terceiros apenas em segundo plano, conforme se verifica na redação do art. 197, in verbis:

Art. 197. 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.

Neste dispositivo o legislador constitucional optou por não utilizar o termo Estado na redação do texto, mas referiu caber ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização, controle e execução dos serviços e ações de saúde, ampliando as possibilidades de atuação da Administração Pública, fomentando a descentralização e já preparando a regra constitucional do SUS, insculpida na sequência dos artigos.

Seguindo a linha de raciocínio interpretativa empreendida, bem como a clareza da redação do texto constitucional, resta evidente que a intenção do legislador constituinte é a de restringir apenas à atuação do Poder Público os atos de regulamentação, fiscalização e controle, bem como de privilegiar a execução das ações e serviços de saúde diretamente pelo Poder Público, colocando em um segundo plano a atuação da iniciativa privada dentro do âmbito do SUS.

Utilizando-se a técnica interpretativa da unidade da Constituição, ao analisarmos comparativamente os dispositivos constitucionais que tratam o acesso à saúde por todos os brasileiros como dever do Estado com a redação do art. 205 da CF/88, este tratando do acesso à educação, é possível se verificar que a intenção soberana do legislador constituinte foi a de limitar a ação da iniciativa privada no campo da saúde pública, sendo ao particular atribuída função secundária e apenas complementar.

O art. 205 da Constituição tem a seguinte redação:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Percebe-se que o legislador permite a participação conjunta da sociedade na promoção e incentivo do acesso à educação, compartilhando com a família o seu dever de prestação.

Trata-se de uma construção lógica, considerando que a promoção da educação envolve a participação concorrente dos diversos atores mencionados na redação do dispositivo,





totalmente ao contrário do que ocorre com a promoção da saúde, cujo acesso deve ser garantido plenamente a todos, sob pena do perecimento do principal bem tutelado pela Constituição, que é o direito à vida. Ainda que essencial ao desenvolvimento humano há que se asseverar que não ocorrem mortes por falta de educação, mas por falta de saúde sim, sendo essa a razão da tutela absoluta do Estado como garantidor principal ao acesso a esse direito no nosso Texto Mãe.

Nessa seara, tendo o legislador constituinte atribuído ao Estado o dever absoluto de promover o alcance do direito à saúde de forma universal e irrestrita a todos os cidadãos, seria necessário desenvolver o seu modo de atuação, e é nesse sentido que vem o art. 198 da Constituição, positivando na Carta Magna a criação do maior sistema de saúde pública do mundo, o SUS, conforme a redação que segue:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Pelo art. 198 da Constituição Federal de 1988 ficou criado o Sistema Único de Saúde, que rompeu uma matriz de acesso seletiva até então empreendida, onde o cuidado à saúde era realizado pelo extinto Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, que assegurava o acesso ao direito fundamental da saúde somente aos colaboradores da Previdência Social, excluindo desempregados e trabalhadores informais, restando ao Ministério da Saúde as atividades de vigilância e prevenção.

O SUS veio com uma nova formatação integrando as ações e serviços, amparada em três princípios básicos que se encontram nos incisos do art. 198 da Constituição: descentralização, integralidade e participação da comunidade.

Dentro do contexto construtivo e explicativo aqui desenvolvido, temos no inciso I do art. 198 a base constitucional da gestão descentralizada do SUS. O comando constitucional do referido dispositivo atribui a cada esfera de governo a responsabilidade pela direção do Sistema, permitindo a





articulação interfederativa entre os entes federados públicos, de modo a buscar dentro de uma região ou dentro do âmbito estadual, a colaboração na promoção dos serviços de saúde em todos os níveis de complexidade da atenção em saúde, com vistas à integralidade da assistência.

Ademais, não é necessário longo arrazoado para explicar a razão pela qual o legislador constitucional obriga o Estado a se sobrepor sobre a atuação privada na prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS, pois, por questões óbvias, privilegia a supremacia do interesse público sobre o privado.

É pelo referido princípio da supremacia do interesse público que deve ser pautada toda e qualquer atuação da Administração Pública, já que foi um dos principais norteadores do legislador constituinte, tendo toda a regulamentação infraconstitucional acompanhado este raciocínio.

No art. 199 da Constituição Federal está a regra constitucional para a participação da iniciativa privada na saúde. Perceba-se o cuidado do legislador constituinte na redação do dispositivo ao diferir a participação da iniciativa privada na saúde, da participação no Sistema Único de Saúde, senão vejamos a redação, in verbis:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - 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.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Esse entendimento não destoa em absolutamente nada da intenção originária da Constituição Cidadã de 1988, em que é privilegiada toda gama de direitos, e sendo a área da saúde¹⁶ campo de trabalho de milhares de trabalhadores na iniciativa privada, manteve o legislador essa prerrogativa plenamente garantida.

¹⁶ Há a necessidade grifar a expressão "área da saúde" para reforçar a diferença conceitual que o legislador constitucional empreendeu, pois saúde é o campo em que a constituição permite a livre atuação da iniciativa privada e que difere totalmente do conceito do Sistema Único de Saúde, este cujo comando constitucional delega atuação exclusiva do Poder Público, com possibilidade de atuação complementar da iniciativa privada, em caráter de excepcionalidade, de acordo com o que regra a Lei Federal nº 8.080/1990.





Por outro lado, dentro do Sistema Único de Saúde, o legislador constitucional teve o cuidado de restringir a participação da iniciativa privada em caráter meramente complementar e mediante diretrizes específicas¹⁷, que no âmbito legal infraconstitucional foram instituídas pela Lei Federal nº 8.080/1990, conhecida como Lei do SUS, sendo essa complementaridade que abordaremos no próximo tópico.

Atualmente encontram-se instituídas no Brasil 29 (vinte e nove) fundações públicas sob regime de direito privado voltadas a promoção da assistência em saúde, no âmbito do SUS, distribuídas em 11 (onze) Estados da federação – Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe, Paraná e Piauí – tendo como entes instituidores Estados, Municípios, ou Municípios em associação. Computados em conjunto, tais instituições representam hoje uma rede de 23.137 (vinte e três mil, cento e trinta e sete) trabalhadores do SUS (contemplando gestão e profissionais de saúde), uma cobertura assistencial a 44 mil (quarenta e quatro mil) usuários com cerca de 2 (dois) milhões atendimentos mensais em assistência pelo SUS.

4.3. DA VANTAJOSIDADE DO MODELO DE FUNDAÇÕES ESTATAIS NA OFERTA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Não obstante os elementos fartamente apresentados na presente manifestação, cumpre acrescentar informação relevante sobre a qualidade e vantajosidade do modelo jurídico-administrativos das Fundações Públicas de Direito Privado na oferta de serviços públicos de saúde à população.

Em atenção às suas finalidades estatutárias e atendendo a demanda do Ministério Público do Paraná, a ANFES elaborou amplo estudo quanto á vantajosidade dos contratos celebrados pelo Poder Público com as Organizações Sociais – entidades privadas, sem fins lucrativos, qualificadas pelo Poder Público para a prestação de serviços sociais – e aqueles celebrados com Fundações Estatais.

¹⁷ No campo legal as diretrizes específicas são estatuídas pela Lei Federal nº 8.080/90, da qual derivam uma infinidade de regulamentos infralegais, mas que no presente caso nos deteremos à Portaria nº 3.390/2013 o Ministério da Saúde, que institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde, estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar na Rede de Atenção à Saúde – RAS.





Tal estudo conclui que:

a gestão de Unidades de Pronto Atendimento realizada por Fundações Estatais é tão ou mais eficiente do que a realizada por Organizações Sociais de Saúde, desfazendo-se a falácia da melhor eficiência do setor privado em detrimento da gestão pública.

No que se refere ao maior compromisso com o usuário, é latente a maior inserção, integração e adesão das Fundações Estatais, às redes de atenção à saúde do Sistema Único de Saúde. Há uma maior perenidade, na linha do tempo, na prestação de serviço público das fundações estatais do que as OS. Estas, quando a equação - financeira não mais a favorece, acabam por abandonar e rescindir os contratos e partem em busca de novos mercados mais interessantes do ponto de vista econômico-financeiro.

A estabilidade e a perenidade na área de saúde passam a ser um diferencial na qualidade do cuidado das pessoas. A permanência de profissionais por mais tempo no serviço e na comunidade permite o estabelecimento de maior VÍNCULO e RESPONSABILIZAÇÃO no cuidado das pessoas. O Usuário não pode ser tratado como uma mera estatística. A rotatividade de contratos e profissionais quebram este vínculo e a responsabilização com as pessoas e comunidade, trazendo prejuízo na continuidade do cuidado.

4.4. CONSTITUCIONALIDADE DAS FUNDAÇÕES ESTATAIS

Apesar das posições doutrinárias e jurisprudenciais já citadas, que apontam para a viabilidade constitucional de o Poder Público instituir fundações públicas de direito privado, persiste um único questionamento quanto à constitucionalidade em razão da ausência de lei complementar federal referida no inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal.

O tema tem sido objeto de arguição perante a Suprema Corte Constitucional, por meio do controle direto de constitucionalidade de atos legislativos estaduais e, também, em recursos extraordinários em face de decisões dos órgãos judiciários estaduais que entenderam ilegítimas as constituições de algumas fundações estatais por Estados e Municípios.





Estranho seria, levando ao absurdo jurídico, se se entender que as fundações instituídas com fundamento no DL 200/67 - que estão impedidas de atuar em áreas onde se exige pessoa jurídica de natureza pública - podem continuar a existir, e as instituídas após a EC 19, que também atuam em área não vedada pelo DL 200, não podem existir, ainda que ambas sejam idênticas quanto a sua instituição e campo de atuação. Nesse sentido, as regras da hermenêutica nos conduzem ao entendimento de que o inciso IV do art. 5º do DL 200 foi recepcionado com força de lei complementar até o advento da referida norma. Outro entendimento não é possível por criar esdrúxula situação de haver fundações idênticas, uma podendo funcionar e a outra não. Desse modo todas as fundações, as anteriores a EC 19 e as posteriores, desde que atuem em área que não exija pessoa jurídica de direito público encontram amparo no DL 200/67, sob pena de imperar desordem e insegurança administrativa.

Na área da saúde pública, essa situação adquire nuances mais dramáticas pela natureza sensível e impostergável das ações de assistência à saúde, onde é preciso assegurar que não haja quebra de continuidade prestacional aos usuários.

Cabe reiterar, como já esclarecido, que se a alternativa sustentável da prestação de serviços públicos de saúde à população puder ser encontrada apenas no mundo privado, por meio da parceria e/ou contratação de entidades civis, os governos inevitavelmente estarão violando a violar a principiologia constitucional do SUS, que determina a assistência primordial pelo setor público.

Conforme dito anteriormente, há, ainda, diversas leis autorizativas da criação de fundações estatais cuja legitimidade encontra-se sob judice perante o STF, em sede de Recurso Extraordinário – a exemplo do Recurso Extraordinário 1.067.052/RS da Fundação de Novo Hamburgo, cujos julgamentos, ou estão obstaculizados em razão das pendências das citadas ADIs, ou estão em curso.

Quanto ao posicionamento do Ministério Público Federal - MPF nas ADIs que questionam a validade das Leis Estaduais que autorizaram a criação de Fundações Estatais para atuação na área da saúde, cumpre destacar que na ADI nº 4946, que discute a validade da Lei nº 12.618/2012, que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e que autorizou a criação de três entidades fechadas de previdência complementar, estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica





de direito privado, manifestou o Parquet de forma diversa, defendendo o modelo jurídico das Fundações Estatais. Tem-se, a seguir, a manifestação do Procurador-Geral do Ministério Público Federal:

27. A personalidade jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público é tema bastante controverso.

28. Na década de 80, o Supremo Tribunal Federal distinguiu as fundações instituídas pelo Poder Público conforme a sua personalidade jurídica: de direito privado ou de direito público. Quanto as de direito público, afirmou tratar-se de espécie do gênero autarquia, de onde se extraem as expressões “fundação autárquica” e “autarquia fundacional”.

29. Essa distinção, contudo, não pacificou o debate doutrinário a respeito da natureza jurídica dessas entidades, que foi alimentado pela quase ausência de regulamentação legal das fundações públicas.

30. O Decreto-Lei 200/67, em redação original, não previa as fundações públicas no rol de entidades integrantes da Administração Pública indireta, apesar de equipará-las às empresas públicas (art. 4º, §2º). Esse diploma foi alterado pelo Decreto-Lei 900/69, e passou a dispor expressamente que as fundações instituídas por lei não integravam a Administração indireta, entretanto poderiam estar sujeitas a supervisão ministerial (art. 3º do DL 900/69).

31. Esse dispositivo foi revogado pelo Decreto-Lei 2.299/86, que estabeleceu que “as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram também a Administração Federal indireta” para os fins de quadro de pessoal, controle e gestão financeira (art. 4º, §2º, “a” e “b”, do DL 200/67).

32. Um ano depois, a Lei nº 7.596/87 incluiu as fundações públicas no âmbito da Administração indireta (art. 4º do DL 200/67) e conceituou-as da seguinte forma: “Art. 5º(...)IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

33. A respeito de saber se as fundações de direito privado integram a Administração Indireta ou não, ensina Lucas Rocha Furtado:

“Aspecto importante dessa discussão consiste em saber se as fundações públicas de Direito Privado seriam entidades administrativas ou secundárias e integrariam,





portanto, a Administração Pública indireta em sua respectiva esfera de governo. A resposta parece ser positiva. Não existe qualquer razão para que as fundações públicas de Direito Privado sejam excluídas do âmbito da Administração indireta. A existência de legislação anterior à vigência da Constituição Federal de 1988 que tenha tido a pretensão de excluir do âmbito da Administração Pública indireta as fundações públicas de Direito Privado (Decreto-Lei 900/69) de ser considerada revogada pelo texto constitucional. As normas relativas ao Direito da Organização Administrativa são estatuta eminentemente constitucional e servem de parâmetro para a interpretação de todas as leis pertinentes ao tema. Não havendo qualquer dispositivo constitucional que permita concluir que as fundações públicas de Direito Privado não integram a Administração, deve-se afastar essa interpretação.

35. É evidente que a personalidade jurídica de direito privado não impede que se dê destinação pública à pessoa jurídica. A Administração Pública Indireta é formada também por pessoas jurídicas de direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

36. Apesar de haver divergências doutrinárias, a corrente majoritária alinha-se à jurisprudência do STF e admite a existência de fundações instituídas pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito público e de direito privado.

37. A Exposição de Motivos nº 97/2007, referente ao projeto que deu origem à Lei 12.618, também tangencia a controvérsia:

14. Contudo, a previsão constitucional dessa natureza pública não significa, necessariamente, que a entidade deve ser estruturada na forma de uma autarquia ou mesmo de uma fundação com personalidade jurídica de direito público (fundação pública), equiparada às autarquias para todos os efeitos legais, mas sim que ela não deve estar sujeita às mesmas normas aplicáveis à generalidade dos fundos de pensão então existentes. Como será patrocinada por entes públicos, a entidade deverá se submeter a alguns limites e controles específicos.

15. A opção do Projeto de Lei foi pela constituição de uma fundação com personalidade jurídica de direito privado, conforme previsto no parágrafo único do art. 4º. Como pessoa jurídica de direito privado, a FUNPRESP estará sujeita a um regime jurídico similar ao das empresas estatais.

16. O art. 8º do Projeto de Lei prevê algumas medidas que refletem a natureza pública da FUNPRESP, como a submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos e a obrigatoriedade de realização de concurso público





para a contratação de pessoal, que estará sujeito ao regime jurídico previsto na legislação trabalhista, conforme dispõe o art. 7º.

17. Devido a sua personalidade jurídica de direito privado, a FUNPRESP não gozará das prerrogativas típicas das autarquias e fundações públicas, como privilégios processuais, juízo privativo e imunidade tributária. Suas receitas e despesas também não integrarão a lei orçamentária anual, com exceção das contribuições que a União, e as suas autarquias e fundações públicas deverão pagar à entidade na qualidade de patrocinadoras.

18. Trata-se de uma entidade que irá dispor de autonomia administrativa, financeira e gerencial, terá patrimônio próprio e será mantida por suas próprias receitas, oriundas, principalmente, das contribuições pagas por seus patrocinadores e participantes.

(...)

38. Portanto, na fase de elaboração e discussão do projeto de lei, ponderou-se sobre a natureza jurídica das referidas entidades fechadas de previdência complementar, concluindo-se pela estrutura fundacional.

39. Feitas essas considerações, passa-se a examinar, em primeiro lugar, a norma constitucional tida por violada e, em seguida, o texto legal impugnado.

40. O §15 do art. 40 da Constituição estabelece que as entidades fechadas de previdência complementar dos servidores públicos deverão ter natureza pública. Isso quer dizer que essas entidades deverão ser criadas pelo Poder Público, integrar a Administração Pública e submeter-se a normas específicas do regime jurídico público. O objetivo do legislador constituinte foi afastar a possibilidade de entidades privadas administrem a previdência complementar dos servidores públicos, haja vista o aporte de recursos públicos, que exige um maior controle e transparência. Assim, o texto constitucional deixou claro que essas entidades devem ser criadas e administradas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.

41. A previsão do §1º do art. 4º da Lei 12.618 é acertada, pois a fundação pública de direito privado é o único modelo organizacional administrativo disponível constitucionalmente adequado para a previdência complementar dos servidores públicos.

42. As empresas públicas e as sociedades de economia mista somente podem ser criadas para a exploração direta de atividade econômica pelo Estado “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse público.” (art. 173 da Constituição). A previdência complementar dos servidores públicos é de interesse particular dos beneficiários optantes por esse regime, não justificando a





criação de empresa estatal. Ademais, no caso da previdência complementar dos servidores públicos, não se trata propriamente de atividade econômica, inexistindo finalidade lucrativa. O objetivo é desonerar os regimes próprios de previdência dos entes federados, que vem acumulando déficits históricos.

43. Por sua vez, as autarquias – às quais se equiparam as fundações públicas de direito público – prestam-se à execução “de atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.” (art. 5º, I, do DL 200/67). A previdência complementar dos servidores públicos não constitui atividade típica da Administração Pública, não sendo cabível a utilização do modelo autárquico para esse fim.

44. Assim, a única forma de dar cumprimento ao §15 do art. 40 foi por meio das fundações públicas de direito privado instituídas pelo Poder Público, que integram a Administração Indireta, consistem em patrimônios personificados com finalidade específica de natureza pública e, nos termos da Lei 12.618, submetem-se as regras de direito público, como as relativas a licitações e contratos administrativos (art. 8º, I), a concurso público (art. 8º, II), observância a princípios da Administração Pública (art. 9º) e prestação de contas perante o Tribunal de Contas (art. 71, II, da Constituição).

Assim, não obstante os questionamentos judicializados em torno do modelo jurídico das Fundações Estatais, esses se focam na pretensa ausência de Lei Complementar que regulamente o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público.

Nos Estados em que, à semelhança do Estado do Rio de Janeiro, tenham sido editadas Leis Complementares às Constituições Estaduais, no exercício da competência legislativa suplementar, com base no art. 24, §§ 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, definindo as áreas de atuação das fundações estatais, não cabe sequer o argumento da pretensa não recepção do Decreto Lei 200. Além do Rio de Janeiro, é o caso da Bahia, do Espírito Santo, do Paraná e do Mato Grosso do Sul.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A adoção de um modelo de gestão pública moderna e capaz de atender com eficácia e eficiência as atuais demandas da população, exige o desenvolvimento de novas formas jurídico-





institucionais para a atuação do Estado, com vistas a ofertar serviços públicos melhores e como maior qualidade.

A Constituição Federal, em seu art. 6º, ao descrever os direitos sociais, concede o referencial do que seriam os serviços públicos assistenciais. Sendo os direitos sociais a saúde, o trabalho, a educação, a cultura, tais são as áreas em que as fundações de regime privado poderão estar dedicadas.

Indubitável que as instituições “*fundacionais públicas de direito privado*” constituem um dos modelos possíveis e colaborativos ao gestor Estatal para a execução dos serviços públicos essenciais, de caráter assistencial.

O que se coloca como diferencial ao gestor é que esse modelo, por seu regime jurídico e a depender da sua conforme ação organizacional, e de sua fonte de recursos, propiciará diligência, menos burocracia e excepcionalidade à limites legais restritivos às finanças públicas que podem projetar estratégias de contenção de dispêndios, repercutindo em ganhos de escala na composição de pessoal e garantia, ampliação e qualificação prestacional, sendo elemento essencial a circunstância de que tais instituições integram a Administração Pública indireta – o que na saúde é fundamental à compatibilidade ao princípio a complementaridade apenas quando o Estado não possa dar conta da prestação.

Mais uma vez são elucidativas, especificamente quanto ao modelo das fundações estatais para a saúde, as palavras da advogada Lenir Santos no âmbito da já citada consulta formulada ao então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

“[...] devem prevalecer no caso de instituição pelo Poder Público de fundações regidas pelo direito privado: não podem atuar em área em que exija entidades de direito público para o desenvolvimento de suas atividades, tampouco podem atuar fora do campo cultural e da assistência, ou seja, da ordem social, não podendo executar atividades de lucro nem econômica”, e na área da saúde assevera que “excluída a vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, regulação, fiscalização e controle, e outras atividades que requerem o poder de autoridade do estado, as demais atividades como serviços hospitalares, serviços de atenção primária, laboratoriais etc. poderão ser executadas por fundações estatais, conforme já ocorre com s





organizações sociais que são entidades privadas, qualificadas pelo Estado, executoras de serviços de assistência à saúde”.

VI. DO PEDIDO

Dessa forma, é indiscutível a constitucionalidade da Lei Complementar 118/2009 e da Lei Municipal nº 1.785/2011, que autorizou o Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro a instituir Fundação Pública, com sujeição ao regime jurídico de direito privado, para prestação de serviços de saúde à população, caracterizando-se como descentralização administrativa que objetiva a melhoria da qualidade dos serviços ofertados à população.

Por essas razões, pede e espera a Requerente seja declarada a constitucionalidade da Lei Complementar nº 118/2007 e Lei Estadual nº 5.164/2007, ambas do Estado do Rio de Janeiro, por esta Egrégio Supremo Tribunal Federal, considerando constitucional o modelo de Fundações Estatais de atuação na área de saúde.

Nestes termos,
Pede deferimento.
Salvador, 20 de outubro de 2020.

CAROLINE DANTAS DA GAMA
OAB/BA 17.068

THIAGO LOPES CARDOSO CAMPOS
OAB/BA 23.824

