

Lenir Santos
Advogada, especialista em direito sanitário
Membro do Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA

DA REFORMA DO ESTADO À REFORMA DA GESTÃO HOSPITALAR FEDERAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Lenir Santos¹

Descritores: saúde pública; administração pública; fundação estatal.

Resumo: O presente trabalho tece considerações a respeito da Reforma Administrativa do Estado inconclusa a partir da EC19/98. Estuda dois institutos ali previstos que são: a possibilidade de o Estado criar fundações públicas de direito privado a partir de uma autorização legislativa – art. 37, XIX, e o contrato de autonomia previsto no art. 37, § 8º da CF. Propõe-se, ainda, criar um regime administrativo para essas fundações que permita maior agilidade e resultados qualitativos, além de estabelecer um liame com os hospitais públicos que poderiam, de maneira mais consentânea com o bem protegido que é a vida humana, serem mais efetivos e eficientes ao adotarem esse modelo jurídico fundacional.

Abstract: The present work makes considerations regarding the State Administrative Reformation in process of conclusion from the EC19/98. It studies two foreseen justinian codes, and that are: the possibility of the State to create public foundations of private law from a legislative authorization - art. 37, XIX, and the contract of autonomy foreseen in art. 37, § 8º of the CF. It is considered, still, to create an administrative regime for these foundations that allow greater agility and qualitative results, besides establishing a connection with the public hospitals that could, in appropriate way with the protecting good, that is the life of human being, to be more effective and efficient when adopting this foundational legal model.

¹ É advogada e especialista em direito sanitário pela USP. Procuradora da Unicamp aposentada.

Sumário: I – Introdução – II - A crise do Estado e a sua Reforma – III – A Reforma Administrativa da EC 19/98 – IV –Do Contrato de Autonomia – V – Da Fundação Estatal de Direito Privado – VI – Conclusões.

I - Introdução

A consagração do direito à saúde na Carta Constitucional de 1988 foi uma conquista da sociedade brasileira no campo dos direitos sociais, tendo sido o resultado da luta empreendida pelos ideólogos da Reforma Sanitária durante muitos anos antes.

O direito à saúde, como direito público subjetivo, implica na garantia pelo Estado da adoção de políticas públicas que evitem o risco de agravo à saúde, devendo ser consideradas, nesse contexto, todas as condicionantes da saúde, como meio ambiente saudável, renda, trabalho, saneamento, alimentação, educação bem como a garantia de ações e serviços de saúde que promovam, protejam e recuperem a saúde individual e coletiva. Para a garantia dessas ações e serviços temos o Sistema Único de Saúde.

Dentre os serviços que incumbem aos órgãos e entidades que compõem o Sistema Único de Saúde estão os serviços hospitalares, hoje, um dos problemas do sistema público de saúde, principalmente no que se refere a sua gestão que não se modernizou nem conseguiu capacitar profissionais para gerir a complexidade de um sistema hospitalar que está fortemente marcado pela inovação tecnológica e práticas empreendedoras.

A administração pública tem baixa capacidade operacional, fraco poder decisório, controles essencialmente formais e sem qualidade e influências políticas externas. Assim, a finalidade da administração passou a ser os meios e seus processos e não os fins. Tal contexto se reflete na *gestão hospitalar pública* dificultando uma política de incorporação tecnológica, informatização, modernização administrativa e gestão de recursos humanos comprometidos com o

serviço público. Na maioria dos hospitais públicos falta gestão capaz, eficiente, moderna e humana; esses serviços, muitas vezes, tem alto custo e baixo resultado.

II - A crise do Estado e a sua Reforma

É importante lembrar que a crise do Estado e a necessidade de sua reforma surgiram, na realidade, nos anos 80, nos países centrais. Foi a crise do Estado-Providência ou do Estado de Bem-Estar Social. Era necessário diminuir custos sociais (porque nesses países o Estado sempre investiu muito em serviços públicos de saúde, educação, habitação etc.), combater a ineficiência pública e os excessos e rever o tamanho do Estado.

No Brasil, a crise do Estado surgiu nos anos 90 e não foi a do Estado-Providência, porque ele nunca chegou a existir. O próprio direito à saúde, bem como a garantia de outros direitos sociais, são conquistas mais recentes, datada de 1988, com a Constituição-cidadã.

A crise do Estado no nosso país foi muito mais uma crise de gestão e de qualidade, sem se esquecer que o Estado nunca deixou de tentar minimizar os custos da Constituição de 88 com os direitos sociais, muitos deles de caráter universal e gratuito, oneroso, pois, para os cofres públicos. A intenção de enxugar o tamanho do Estado sempre esteve presente, e se iniciaria com a transferência dos serviços não exclusivos, como saúde, educação, cultura, para entidades privadas².

Contudo, a Reforma Bresseriana dos anos 90³ visou muito mais levar para o Terceiro Setor, sob regulação estatal, a realização de serviços públicos, ao invés de introduzir modernos processos de gestão no interior da administração pública, eivada de problemas já identificáveis, como excesso de controles, ineficiência, limitados resultados e, ainda, inadequada gestão de recursos

² Pregava-se nos anos 90, a transferência para o setor público não estatal dos serviços não exclusivos do Estado, transformando entes públicos em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, com autorização para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo. Propunha-se uma diminuição do tamanho do Estado, com o fim de provê-lo de maior eficiência e como as organizações sociais seriam diversas geraria entre elas saudável competição (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado).

³ Em 1995, foi lançado pelo Ministro Bresser Pereira, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o qual, buscou, na realidade, criar figuras novas no Terceiro Setor, as quais deveriam se transformar em espaço público não estatal. Foram criadas pelas Leis ns. 9637/98 e 9790/99 as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ao lado das Agencias Executivas (Lei n. 9.649/98).

humanos, baixos salários, amarras burocráticas desqualificadas, não capacitação de servidores e fraco engajamento com a qualidade dos serviços executados.

Não se pensou em reestruturar o Estado, com bem assevera Adriana da Costa Ricardo Shier, com a intenção de adequá-lo, tornando-o uma *“instituição que efetivamente assegurasse os mínimos direitos capazes de garantir a sobrevivência digna dos cidadãos; ao invés, preferiu-se, mais uma vez na história, conceder tal tarefa ao mercado, à iniciativa privada. Optou-se pela diminuição do Estado em relação ao atendimento de demandas sociais.”*⁴

Isso tudo levou a administração pública a buscar mecanismos paralelos ao Estado para se safar da imobilidade burocrática, dos baixos salários e da retração de ingresso de servidor no serviço público. Na maioria das vezes, infelizmente, somente as entidades e órgãos públicos que atuaram com entidades paralelas conseguiram manter qualidade nesses serviços⁵. Foi a era das fundações de apoio, das cooperativas de trabalhadores, das terceirizações ilegais etc.; o próprio TCU, no recente Relatório - Acórdão 1193/2006-Plenário reconheceu que o imobilismo e as amarras da administração pública empurrou o gestor público para aliar-se a mecanismos externos ao Estado para viabilizar-se: *“13. Exposto este quadro, percebe-se que há exaustão do modelo jurídico adotado para essas unidades, situadas na órbita da Administração Direta, que impossibilita a adoção de mecanismos de aprimoramento da eficiência, eficácia e efetividade, em consonância com o previsto no Plano Diretor da Reforma do Estado”*. Relatório do TCU – Acórdão 1193/2006 – *“10. Essas medidas tinham por objetivo adequar o Poder Público ao acordo que seria firmado com o Fundo Monetário Internacional – FMI (ajuste fiscal 5.7.99). A medida mais importante, no que diz respeito à saúde pública, foi a redução do gasto com a folha salarial de todo o funcionalismo, fator que contribuiu para a baixa expressiva no quantitativo de profissionais da área da saúde nos hospitais públicos federais, situados no Município do Rio de Janeiro”*. (TC n. 017.738/2005-2 - Fiscalis n. 864/2005).

O Governo FHC arrochou os salários dos servidores públicos federais, no que foi acompanhado pelos Estados; o descalabro de contratações de consultores por organismos internacionais para atuar na administração pública federal, em funções, desde as mais singelas às de maior complexidade, com profissionais com mais de 10 anos atuando mediante contrato de consultoria (que levou o Ministério Público a realizar Termo de Ajuste de Conduta com o governo federal para a realização de concurso público), tudo isso reforçou os desvios já existentes na administração pública e ocasionou uma paralisia na modernização do serviço público, com graves conseqüências para a população usuária.

⁴ Adriana da Costa Ricardo Shier – A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação – Editora Renovar- 2002 – pág. 136.

⁵ A que preço essas entidades paralelas ajudaram a gerir o serviço público de maneira mais eficaz? Estamos em plena crise da Fundação Zerbini, tida como modelo de eficiência, modelo de gestão ao custo de uma dívida de mais de R\$250 milhões de reais, conforme veiculado pela imprensa nesses últimos meses (Folha de S.Paulo 9.11.2006)

Não podemos negar que a Reforma do Estado nos dias de hoje não poderá deixar de considerar o Terceiro Setor como um espaço de interesse público fora do Estado, complementar ao Estado, mas não substitutivo dele. Mas não podemos nos esquecer que também o Terceiro Setor, na saúde, tem suas mazelas, falta de eficiência, qualidade, modernização, precisando, também, se qualificar.

Boaventura Souza Santos⁶ reporta a esse tema ao afirmar que a substituição e a complementaridade entre o Terceiro Setor e o Estado, quando se funda na discussão entre as funções do Estado exclusivas e as não exclusivas, devendo o Estado ser substituído em tudo aquilo que não for de sua exclusividade é altamente problemática, principalmente pelo fato de que *“nenhuma das funções do Estado foi originalmente exclusiva dele; a exclusividade do exercício de funções foi sempre o resultado da luta política. Não havendo funções essencialmente exclusivas não há, por implicação, funções essencialmente não exclusivas* (Santos, 1998, palestra realizada em Seminário)”.

Concluindo, a Reforma do Estado do final dos anos 90 somente cuidou de retirar do Estado atividades consideradas não exclusivas e transpassá-las para o Terceiro Setor, principalmente as da área da saúde, sem, contudo, trazer para si a discussão de uma reforma administrativa que desse conta de melhorar o emperramento da máquina pública, com alargamento dos horizontes de sua gestão.

Não obstante a pouca atenção aos melhoramentos internos da administração pública, a EC 19/98 – Reforma Administrativa -- introduziu algumas inovações no Texto Constitucional, as quais não foram implementadas e que serão objeto deste trabalho. Visava a EC 19 amortecer o endurecimento da administração pública.

III - A Reforma Administrativa da EC 19/98

⁶ A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado – Boaventura Souza Santos – artigo publicado pelo Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado. (http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/seges/publicacoes/reforma/seminario/Boaventura.PDF)

A Reforma Administrativa – EC 19/98 – trouxe, dentre outras, algumas inovações, como: a) término do regime jurídico único, possibilitando à administração a escolha do regime da CLT e não apenas o estatutário; b) garantia de estabilidade apenas aos servidores detentores de cargo público efetivo provido por meio de concurso; c) garantia de os órgãos e entes da administração pública, direta e indireta, gozarem de maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira mediante contrato firmado entre os administradores e o poder público; d) criação de fundação governamental de direito privado, mediante autorização legislativa.

Vamos nos deter apenas no *contrato de autonomia*, mencionado no § 8º do art. 37 e na *fundação governamental de direito privado*, prevista no inciso XIX do art. 37 da CF, denominada doravante de *fundação estatal*⁷, instrumentos que podem modernizar a gestão da saúde.

IV - Do contrato de autonomia

Nos últimos anos a administração pública vem abrindo espaço para *atuações administrativas instrumentalizadas por técnicas contratuais, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parcerias firmados entre a Administração e particulares ou entre órgãos públicos e entidades estatais* (Medauar/2005)⁸. Tanto que o contrato de gestão – que surgiu nos anos 90, no Governo Collor, pelo Decreto 137/91⁹ – tem sido amplamente utilizado no âmbito da administração pública nas relações que mantém com as Organizações Sociais, com o Serviço Social Autônomo, com as agências reguladoras, agências executivas¹⁰ e com empresas estatais.

⁷ Em abril de 2005, a pedido de dirigentes do Grupo Hospitalar Conceição, de Porto Alegre, ente federal, realizei estudos para transformar aquelas entidades em fundação governamental de direito privado. Em outubro do mesmo ano, apresentei o resultado dos estudos numa oficina de trabalho organizada pelo Ministério do Planejamento, Projeto EuroBrasil 2006, Secretaria de Gestão, para discutir novas formas de gestão hospitalar. A partir daí, tanto o Ministério do Planejamento quanto o Ministério da Saúde decidiram aprofundar os estudos sobre o modelo de Fundação Governamental de direito privado (Fundação Estatal) proposta por mim para o Grupo Hospitalar Conceição, criando grupos de trabalho. Também venho participando, informalmente, como colaboradora, do grupo de trabalho do Ministério do Planejamento, Secretaria de Gestão, composto por Sábado Girard e Valéria Alpino Bigonha Salgado.

⁸ Odete Medauar – Direito Administrativo Moderno – 9ª. Ed. – RT editora.

⁹ O Decreto 137/91 definia o contrato de gestão como “instrumento do Programa de Gestão das Empresas Estatais – PGE, no qual se estipulam compromissos reciprocamente assumidos entre a União e a Empresa”. Esse contrato objetivava o aumento da eficiência e competitividade das empresas estatais.

¹⁰ Abrindo um parêntese, as Agências executivas, criadas pelo art. 51 e 52 da Lei 9.649/98 são autarquias e fundações públicas que podem, por decreto do Presidente da República, ser qualificadas como agência executiva desde que tenham plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional e celebre

Entretanto, o contrato de gestão tem sido um instrumento muito mais de controle das organizações sociais ou de fixação de responsabilidades e metas públicas do que de expansão da autonomia dos entes e órgãos públicos.

O contrato do § 8º do art. 37 tem por objeto o *alargamento da autonomia* como meio para se alcançar a melhoria da gestão de órgão ou ente público e fixação clara de responsabilidades do administrador público; já o contrato de gestão utilizado pela administração, como o da Fundação das Pioneiras Sociais, o do Grupo Hospitalar Conceição, cuidam tão somente da fixação de metas, avaliação de desempenho e outros compromissos, sem flexibilização da gestão.

O contrato de gestão não amplia a autonomia, mas sim, especifica metas e responsabilidades, critérios de avaliação do ente público ou privado, sem, contudo, conferir maior autonomia gerencial, financeira ou patrimonial, muitas vezes, essenciais para a obtenção de resultados qualitativos na prestação de serviços públicos.

O § 8º do art. 37 da CF que reza que mediante contrato a ser firmado entre o Poder Público e seus administradores poderá ser ampliada as autonomias gerencial, orçamentária e financeira de entidades e órgãos da administração direta e indireta, devendo a lei definir o prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades de seus dirigentes e remuneração de pessoal.

Vê-se, desde logo, a diferença entre o contrato de gestão e o contrato mencionado no § 8º do art. 37 *o qual claramente refere-se a ampliação de autonomia gerencial, financeira e orçamentária de uma das partes contratante.*

contrato de gestão com o Ministério supervisor, gozando, assim, de maior autonomia. Entretanto, nenhum decreto pode ultrapassar os limites da lei que criou o ente qualificado como agência executiva, garantindo-lhe autonomia maior que a lei que a criou. Decreto presidencial não pode expandir limites legais. As flexibilidades devem estar previstas em lei, como acontece com a Lei 8.666 que ampliou o valor percentual de dispensa de licitação para as agências executivas.

Não há, ainda, no nosso país, lei definindo o *contrato de autonomia*. No direito Português, o Decreto-Lei nº 115-/98¹¹, de 4 de maio, aprova o regime de autonomia, administrativa e de gestão dos estabelecimentos públicos de educação pré-escolar, ensinos básico e secundário. O contrato de autonomia português é definido como “o acordo celebrado entre a escola, o Ministério da Educação, a administração municipal e, eventualmente, outros parceiros interessados, através do qual se definem objectivos e se fixam as condições que viabilizam o desenvolvimento do projecto educativo apresentado pelos órgãos de administração e gestão de uma escola ou de um agrupamento de escolas¹²”.

Sua finalidade é melhorar o desempenho do serviço público de educação mediante uma série de autonomias e permitir que a administração pública adote regras claras de responsabilização pelo contrato de autonomia. Reza o citado Decreto-lei que “se por um lado, a administração e gestão obedecem a regras fundamentais que são comuns a todas as escolas, o certo é que, por outro lado, a configuração da autonomia determina que se parta de situações concretas distinguindo os projectos educativos e as escolas que estejam mais aptas a assumir, em grau mais elevado, essa autonomia, cabendo ao Estado a responsabilidade de garantir a compensação exigida pela desigualdade de situações¹³”.

O contrato de autonomia – um contrato inusual na administração – deverá fixar metas de desempenho para o órgão ou entidade, a sua duração, controles, critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e remuneração de pessoal

A lei que dispuser sobre o contrato de autonomia, há que disciplinar todos esses elementos e conferir aos administradores públicos de órgãos (por não serem dotados de personalidade jurídica própria) poderes para firmar o contrato com o Poder Público ou *uma competência especial*, no dizer de José Afonso Silva¹⁴ *que lhes permita celebrar o contrato, que talvez não passe de uma espécie de*

¹¹ Alterado pela Lei Portuguesa 24/99.

¹² Decreto-lei 115-A/98.

¹³ O contrato de autonomia português prevê duas fases do processo de desenvolvimento da autonomia, conforme negociação prévia entre a escola e a administração pública. Na primeira fase, concede-se gestão flexível do currículo, adoção de normas próprias sobre horários, tempos letivos, intervenção no processo de seleção de pessoal, gestão e execução orçamentária, possibilidade de autofinanciamento e gestão de outras receitas.

¹⁴ José Afonso Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo – Editora Malheiros – 28ª edição/2007.

acordo-programa. Ainda, conforme o ilustre professor, a Constituição criou uma forma de contrato administrativo inusitado entre administradores de órgãos do poder público com o próprio poder público¹⁵, cabendo ao legislador ordinário disciplinar a matéria.

Tal lei poderá inovar garantindo ao administrador que firmar o contrato de autonomia, dentre direitos e responsabilidades mencionados no texto constitucional, a sua permanência frente ao órgão (mandato), por um determinado prazo, que pode ser o do contrato; poderá, ainda, no tocante às responsabilidades, impedir a ocupação daquele administrador de outros cargos de direção, por determinado período, no caso de descumprimento injustificado do contrato, com prejuízo público.

Poderá, ainda, vincular as questões relativas a remuneração de pessoal à economia de recursos orçamentários, os quais poderão ser destinados ao pagamento de prêmio de produtividade ao seu pessoal, conforme disposto no art. 39, § 7º da CF. O legislador haverá de inovar ao disciplinar esse dispositivo constitucional, criando um novo modelo de contrato administrativo que garanta melhor desempenho aos órgãos e entes públicos.

V - Da Fundação Estatal com personalidade jurídica de direito privado

Não é de hoje a discussão que se trava no mundo jurídico sob a personalidade jurídica das fundações instituídas pelo Estado. A Constituição mencionou as fundações públicas em vários dispositivos, tendo causado mais confusão do que solução para os díspares entendimentos sobre a personalidade jurídica das fundações.

Sem adentrar nesse campo com maior profundidade, como diversos autores já o fizeram exaustivamente, podemos dizer de maneira sintética que a doutrina se divide entre os que entendem que as fundações instituídas pelo Poder Público podem ser de direito privado ou público, conforme dispuser a lei autorizativa¹⁶ e aqueles que advogam que todas as fundações quando instituídas

¹⁵ idem

¹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Jose dos Santos Carvalho Filho, Carlos Ari Sundfeld entendem que as fundações instituídas pelo Poder Público podem ser de direito público ou de direito privado, conforme dispuser a lei autorizativa; Celso Antonio Bandeira de Mello defende posição antagônica entendendo que as fundações instituídas pelo Poder Público sempre serão de direito público. O entendimento do STF é de que tanto pode haver fundação governamental de direito público como de direito privado,

pelo Poder Público sempre serão de direito público. Há, ainda, administrativistas, como Hely Lopes Meirelles¹⁷, que sempre defendeu a fundação estatal como de direito privado.

Entendendo que a melhor doutrina está com aqueles que admitem fundações governamentais ou estatais regidas tanto pelo direito privado como pelo direito público, conforme a lei dispuser, passaremos a demonstrar que hoje, as fundações estatais regidas pelo direito privado podem ser um modelo de entidade governamental com maior autonomia e de grande utilidade para a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, ou seja, serviços públicos da área social, *em especial, os serviços de saúde*.

O inciso XIX do art. 37 da Constituição reza que *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*. (Brasil, 1988). Antes da EC 19/98 a redação desse dispositivo constitucional mencionava que *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e fundações públicas”*. A EC 19 fez duas alterações no texto anterior, incluindo ao lado da empresa pública e da sociedade de economia mista as fundações, as quais, doravante, dependem apenas de lei autorizativa e não de lei instituidora, tendo ainda, retirado da expressão fundação a qualificação “pública”. (Brasil, 1998)

Três são as novidades dessa regra constitucional – em relação ao texto original – (a) criação de fundação por lei autorizativa; (b) supressão da expressão “pública” que acompanhava a fundação; e (c) necessidade de lei complementar dispendo sobre o campo de atuação das fundações.

A Constituição ao afirmar que as fundações somente necessitam de lei autorizativa, cabendo ao Executivo a sua instituição, reconheceu a possibilidade de essas entidades, ao serem criadas pelo Estado, gozarem de personalidade jurídica de direito privado, ou seja, ser instituída de acordo com o regime do Código Civil (mediante escritura pública registrada no Cartório competente e regida pelos seus estatutos aprovados por decreto).

dependendo de como a lei autorizativa ordenou a sua criação. (RE nº 101.126-RJ, Relator o Min Moreira Alves - RTJ 113/314; Ellen Gracie – Agravo em RE 219.900-1 RS 2002; e Eros Roberto Grau – MS 24.427-5 - 2006).

¹⁷ Hely Lopes Meirelles, Curso de Direito Administrativo. 23ª edição. Editora Malheiros. SP. 1998.

Quanto à necessidade de lei complementar dispoño sobre o campo de atuação das fundações estatais, enquanto tal lei não for editada, recepcionado está o art. 5º, IV, do Decreto-lei 200/67:

“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 órgão ou entidade 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”.
(Decreto Lei 200/67. www.senado.gov.br/legislacao brasileira)

Como tal dispositivo refere-se às fundações estatais de direito privado, enquanto nova lei complementar não for editada, vigora a lei ordinária anterior, recepcionada pela Constituição¹⁸, com força de lei complementar; assim, no tocante ao seu campo de atuação prevalece a regra do Decreto-lei acima citado: “somente poderá ser instituída fundação para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgão ou entidade de direito público”.

Desse modo, somente atividades que não exijam poder de autoridade, ou seja, pessoa jurídica de direito público, podem ser objeto da fundação estatal de direito privado. Na área da saúde, excluída a vigilância sanitária e outras atividades que exijam função de autoridade, poderão ser criadas fundações estatais. Na área hospitalar seria de todo conveniente a adoção do modelo diante do esgotamento dos modelos utilizados atualmente.

Resolvidas as questões mais polêmicas sobre as fundações (outras podem existir, mas todas pacificadas¹⁹), gostaríamos de destacar de modo prático as vantagens desse modelo estatal para a prestação de serviços de saúde, em especial, os hospitalares.

¹⁸ Nem seria necessário demonstrar que diversas leis ordinárias foram recepcionadas pela Constituição com força de lei complementar, sendo os exemplos mais clássicos, o Código Tributário Nacional (lei ordinária enquanto a Constituição exige lei complementar para matérias tributárias) e a Lei 4.320/64 que dispõe sobre finanças públicas, também lei ordinária enquanto a Constituição preconiza lei complementar.

¹⁹ Como o disposto no parág. único do art. 62 do Código Civil que menciona “assistência” dentre os campos de atividades das fundações, devendo ser entendido que a assistência ali mencionada é lato sensu e não strictu sensu.

*As fundações estatais*²⁰ *na área da saúde federal* podem ter as seguintes características²¹ (algumas específicas e outras comuns a outras áreas que não a da saúde, lembrando, ainda que outras esferas de governo também podem instituir fundações estatais, com as adaptações necessárias quanto à competência federal para legislar sobre certos temas nem sempre ao alcance do Estado e Município, como é o caso das normas gerais sobre licitação):

1. gozar de autonomia administrativa, financeira, patrimonial e orçamentária não devendo ter orçamento público, mas sim ser uma prestadora de serviços para o Ministério da Saúde com o qual firmará contrato de gestão;
2. ter em sua estrutura organizacional (**sistema de governança**) um conselho curador e uma diretoria executiva, com mandato, o qual poderá ser encerrado antes do seu término, no caso de descumprimento do contrato de gestão;
3. ter receitas advindas do contrato de gestão e outros contratos firmados com o poder público, vedados contratos que cerceiem ou inibam a universalidade do acesso dos serviços de saúde (gratuidade e igualdade);
4. reger-se pelo disposto na lei que autorizar a sua instituição e pelos seus estatutos baixados por ato do Executivo;
5. sujeitar-se aos controles dos Tribunal de Contas da União e do Ministério da Saúde;
6. submeter-se a regime à lei de licitação e contratos quanto ao seu regime de compras de bens e serviços, podendo a *lei federal* que a criar, instituir outras modalidades de disputa pública, conforme ocorreu com o pregão público que nasceu no âmbito de uma lei específica, a que criou a Anatel. Advoga-se que a fundação estatal federal da saúde realize licitação sob a modalidade do pregão e da consulta pública, está última conforme vier a ser explicitada em lei específica, **podendo, ainda, contar com regulamento próprio, em razão do disposto no art. 119 da Lei 8666/93** (site: [www.senado.gov.br/legislacao brasileira](http://www.senado.gov.br/legislacao/brasileira))

²⁰ Participei das discussões sobre a elaboração de um projeto de lei complementar, no Ministério do Planejamento, Secretaria de Modernização da Gestão dispondo sobre o campo de atuação **das** fundações estatais.

²¹ Características fundadas no modelo instituído para a transformação dos hospitais do Grupo Hospitalar Conceição e dos hospitais e institutos federais situados no Rio de Janeiro, em estudo, pelo Grupo de Trabalho aqui mencionado, nota de rodapé 9.

7. submeter-se ao regime financeiro (contabilidade) das empresas estatais (Lei 6.404, 15.12.76) e não o da Lei 4.230/64 (site: www.senado.gov.br/legislacao brasileira)
8. submeter-se, quanto ao regime de pessoal, à CLT, com ingresso mediante concurso público; plano de carreira e salários, dissídios, gestão de pessoal e reajustes próprios; ter limites de contratação de pessoal previsto em lei ou nos seus estatutos;
9. submeter-se ao regime especial de penhora previsto no Código de Processo Civil para as entidades estatais (art. 678) quanto aos seus bens e rendas.
10. inserir-se no sistema loco-regional, sendo entidade integrante do SUS, com observações de todos os seus princípios, diretrizes e regramentos.
11. sujeitar-se ao controle dos conselhos de saúde, conforme situação geográfica e vinculação governamental.

Ressalte-se, ainda, que:

a) a imunidade tributária prevista na Constituição para as fundações instituídas pelo poder público alcança a fundação estatal (art. 150, § 2º da CF) (Lembramos que o art. 150, VI, c, da CF, alcança, ainda, as entidades privadas sem finalidades lucrativas das áreas de educação e assistência social, *latu sensu*);

b) a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000 – www.senado.gov.br/legislacao brasileira) só terá incidência sobre a fundação estatal se a mesma receber recursos públicos para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital (entidade dependente). Quando suas rendas advierem de serviços prestados a órgãos ou entidades do SUS, em especial, do Ministério da Saúde, conforme contrato de gestão, a LRF não incidirá sobre a fundação, como regra geral (lembramos que a LRF adotou como princípio para a sua aplicabilidade às entidades públicas de direito privado, a sua dependência financeira). O Professor Carlos Ari Sunfeld, no Parecer mencionado na nota 9, destaca que “As fundações governamentais privadas ‘que recebam do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio ou de capital’ devem, contudo, ser entendidas como *fundações dependentes*, à semelhança do que ocorre com as empresas estatais na mesma situação (lei complementar n. 101, de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 1º, § 3º, I, b c/c art. 2º, II)” – (Fonte – documento impresso, FIOTEC/FIOCRUZ).

c) poderão ser firmados contratos com o Estado e Município (as fundações estatais federais), no âmbito da regionalização, além de poder ter outras rendas advindas de serviços voltados para a pesquisa científica e formação de pessoal, para os hospitais que tiverem essa finalidade, também.

VI - Conclusão

A Fundação Estatal é hoje sem dúvida, o melhor instrumento de gestão hospitalar *(e para outras áreas da saúde pública, como também para a educação, cultura, meio ambiente, turismo, assistência social da União, dos Estados e dos Municípios)* dada a sua característica de ser uma entidade integrante da administração pública indireta, com autonomia administrativa, financeira, orçamentária e patrimonial.

A Fundação estatal, como entidade hospitalar da administração pública federal, será uma entidade integrante do SUS, com inserção loco-regional, hierarquizada, com controle social exercido pelos conselhos de saúde, prestadora de serviços universalizados e responsabilidade explícita de seus dirigentes no contrato de gestão; recursos humanos comprometidos, os quais deverão (é o que se advoga) ter parte de seus vencimentos atrelados ao desempenho identificado com a qualidade dos serviços prestados, tudo em nome do interesse público.

Por outro lado, se o *contrato de autonomia* observar princípios como: subordinação da autonomia aos objetivos do serviço público e à qualidade de sua prestação; compromisso dos órgãos e entes públicos na gestão de um serviço de qualidade; consagração do controle social; reforço da responsabilização dos dirigentes públicos mediante o desenvolvimento de instrumentos de avaliação do desempenho do serviço prestado; adequação dos recursos aos resultados que se pretendem – *será um instrumento inovador de gestão pública, em especial para a área da saúde.*

Finalizando, podemos afirmar que existe hoje possibilidade, ainda não explorada, no âmbito da administração pública direta e indireta, de promoção de uma reforma da gestão, com sua modernização, sem que se tenha o olhar apenas voltado para o Terceiro Setor, desqualificando-se a administração pública como ineficiente e incapaz sem, contudo, introduzir no seu interior instrumentos inovadores da gestão pública. A fundação estatal e o contrato de gestão são modelos que possibilitam modernizar o Estado acabando com a visão dos anos 90

Lenir Santos
Advogada, especialista em direito sanitário
Membro do Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA

de que isso somente seria possível *fora* do Estado, como se o Estado pudesse ser *substituído* pelo setor privado ao invés de *complementado* em algumas ações e serviços, quando e se necessário.

Sem que se resolva *internamente* os problemas do Estado, o simples transpasse de serviços públicos para o Terceiro Setor levará consigo as mazelas não eliminadas da área pública e, num espaço curto de tempo, perderemos a ilusão de que o setor privado poderá *substituir* o setor público, com qualidade, eficiência e economicidade, tão apregoadas nos últimos anos.

Lenir Santos

Nov/2006

Referência Bibliográfica:

1. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Brasília-1995.
2. Adriana da Costa Ricardo Shier – A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação – Editora Renovar- 2002 – pág. 136. Rio de Janeiro.
3. Tribunal de Contas da União – Relatório e Acórdão 1193/2006-Plenário. (TC n. 017.738/2005-2 - Fiscalis n. 864/2005).
4. Folha de S. Paulo – Caderno Cotidiano – 9.11.2006 – “Verba extra não alivia a crise do Incor”.
5. “A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado” – Boaventura Souza Santos – artigo publicado pelo Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado. Realizado em São Paulo, SP, em 26 a 28 de março de 1998.

www.idisa.org.br
santoslenir@terra.com.br

Lenir Santos
Advogada, especialista em direito sanitário
Membro do Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA

- http://www.planejamento.gov.br/gestao/conteudo/publicacoes/reforma_estado/Seminario/semin_a.htm
6. Ministerio do Planejamento. Secretaria de Gestão. Projeto EuroBrasil 2000. Oficina de Trabalho sobre Gestão Hospitalar – outubro e dezembro de 2005. Impresso.
 7. Odete Medauar – Direito Administrativo Moderno – 9ª. Ed. – RT editora. 2005. Pag. 74.
 8. José Afonso Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo – Editora Malheiros – 28ª edição/2007.
 9. Decreto-lei 115/98 do ordenamento jurídico Português. Fotocópia.
 10. Brasil, 1988, Constituição da República, 19ª edição. Editora Atlas. SP. 2002.
 11. Hely Lopes Meirelles, Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 23ª edição. Editora Malheiros. SP. 1998.
 12. Decreto-lei 200, de 25/02/1967 – Coletanea de legislação administrativa – Constituição Federal – Editora Revista dos Tribunais – SP – 2007.
 13. Parecer Carlos Ari Sunfeld – As fundações governamentais de direito Privado – documento impresso, FIOTEC/FIOCRUZ).