

CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA

PROC. N° 4225/10

PLE N° 053/10

PARECER PRÉVIO

É submetido a exame desta Procuradoria, para parecer prévio, o Projeto de Lei Ordinária, em epígrafe, de iniciativa do Sr. Prefeito, que visa autorizar a criação pelo Executivo Municipal do Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), no âmbito do Município de Porto Alegre.

A proposta é de autorização para instituição de fundação pública sob regime de direito privado, com atuação exclusiva no âmbito do Sistema Único de Saúde, conforme art. 1º da proposição:

“Art . 1º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir fundação pública de direito privado com personalidade jurídica de Direito Privado, com a denominação do Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), entidade jurídica sem fins lucrativos, com atuação exclusiva no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), de interesse coletivo e de utilidade pública, com autonomia gerencial, patrimonial, orçamentária e financeira, e prazo de duração indeterminado, que integra a Administração Indireta do Município de Porto Alegre, sujeita ao regime jurídico próprio das entidades privadas sem fins lucrativos e de assistência social, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributários e fiscais, observadas as regras desta Lei.”

O Município como qualquer ente integrante da Federação, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, com poder de auto-organizar-se (art. 18 da CF), pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que lhe cabe ou pode prestá-las através de outros sujeitos. *Nesta segunda hipótese, ou transfere a particulares o exercício de certas atividades que lhe são próprias ou, então, cria outras pessoas, como entidades adrede concebidas para desempenhar cometimentos de sua alçada. Por meio delas, então, descentralizará as sobreditas atividades*¹. Estas outras pessoas, jurídicas, podem ser, conforme a Constituição, autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Dessa forma, a criação pelo Município de uma outra pessoa jurídica, a quem se lhe cometerá tarefas que competem ao Município é perfeitamente possível. No entanto, tal deve se dar observando o que estabelecem as Constituições Federal e Estadual e também a Lei Orgânica Municipal e legislação pertinente, enfim deve se dar de acordo com o ordenamento jurídico vigente, a começar pelas pessoas que pode criar. Estas são previstas em *numerus clausus*² na Constituição, que também indica o regime jurídico que devem observar. Neste ponto, é pacífico que as empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas de direito privado e as autarquias são pessoas de direito público. Quanto as fundações instituídas pelo Poder Público a situação é diferente.

A natureza jurídica das fundações públicas é tema controverso na doutrina. Antes da Constituição de 1988, nas décadas de 60 e 70 prevalecia a tese privatista, que inadmitia a inexistência de fundações de direito público, mas aos poucos foi ganhando fôlego a doutrina publicista brasileira³. Tinha-se então aqueles que defendiam a natureza privada das fundações instituídas e mantidas pelo Estado, outros a sua natureza jurídica de direito público. Ou ainda a possibilidade assumirem personalidade de direito privado ou público. A partir de 1984, a jurisprudência do STF passou a admitir a distinção entre fundações de direito público e de direito privado. O critério formal deixou de prevalecer. A prestação de serviço público, o modo de obtenção de recursos e constituição do seu patrimônio e a escolha dos dirigentes passaram a determinar a sua natureza de direito público (critério material). Ou seja, apresentando certas características, não importa que a lei de criação a denomine como pessoa de Direito Privado, pois será considerada pessoa de Direito Público.

¹Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 21^a ed., p. 135.

²De acordo com os incisos XIX e XX do artigo 37, o Estado só pode instituir mediante autorização legislativa, autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mistas e subsidiárias.

³Vide artigo de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, in “As Fundações Públicas e a Reforma do Estado”, BDA, julho de 2001, p. 520.

Com o surgimento da Constituição de 1988, dirimiu-se por completo a dúvida existente a respeito, já que de uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais pertinentes deduz-se o caráter público da sua personalidade jurídica⁴.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles, apesar de discordar da opção feita pelo Constituinte, sobre as entidades fundacionais escreveu: *“São, pela nova orientação da Constituição da República de 1988, pessoas jurídicas de Direito Público, assemelhadas as autarquias, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal”*⁵. Meirelles, era um dos que defendiam a natureza privada das fundações instituídas pelo Poder Público, no entanto, reconheceu que a escolha do Constituinte foi outra. Em outro trecho de sua obra diz:

“...a ponto de a própria Constituição da República de 1988 encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas fundações públicas, ora chamando-as de ‘fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público’ (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de ‘fundação pública’ (art. 37, XIX, 19, das Disposições Transitórias), ora ‘fundações mantidas pelo Poder Público’ (art. 37, XVII), ora, ainda, simplesmente ‘fundação’ (art. 163, II)”⁶

Vê-se que não buscou como outros⁷ em expressões que se equivalem sentidos diferentes para poder se extrair do texto constitucional o que ele não diz, arrematando:

“Atualmente, como já tivemos oportunidade de estudar nos capítulos anteriores, a Constituição da república deu às fundações públicas um tratamento muito assemelhado ao das autarquias, o que nos leva a admiti-las, agora, como entes de Direito Público, integrantes da Administração Pública indireta... Assim, toda fundação instituída, mantida ou subvencionada pelo Poder Público é fundação pública.”⁸

⁴ Eliana Goulart Leão, in “Fundações Públicas: Natureza Jurídica”, BDA, abril de 1995, p. 203..

⁵ Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 21ª ed, 1996, p. 62.

⁶ Ob. cit. p., 319. As referências são de acordo com a redação original da CF/88 ou antes da Emenda Constitucional 19/98 que para alguns teria alterada a orientação constitucional para permitir a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração Pública.

⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro entre outros fazia tal distinção. Para estes quando a Constituição usava a expressão fundação pública para designar apenas as fundações de direito público em oposição as de demais instituídas e mantidas pelo Poder Público que seriam de direito privado. Pós EC 19/98, Di Pietro, registrou em sua obra “Direito Administrativo” não haver mais tal distinção no texto constitucional, apesar de ainda encontrar-se no texto constitucional o uso das expressões “fundação”, “administrações fundacionais” e “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” e pós ADIN nº 2.135-4 “fundações públicas”. Em verdade, todas são expressões equivalentes que não determinam a personalidade jurídica das fundações criadas pelo Poder Público. Denotam apenas a sua relação com o Estado.

⁸ Ob. cit., p. 639.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, contudo, o debate em torno da natureza jurídica das fundações públicas ressurgiu. Os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, por exemplo, acrescentaram o seguinte comentário⁹:

“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 à 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 determinado 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”

Não creio que seja assim. A redação do inciso XIX antes da EC 19/98 dizia que somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, de sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública, e nem por isso alguém cogitou de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista fossem entidades com personalidade jurídica de direito público. Vê-se, portanto, que tal circunstância é insuficiente para colocar as fundações instituídas pelo Poder Público no universo das pessoas de direito privado. Há que se fazer uma interpretação sistemática da Constituição e não olhar o inciso em questão isolado do todo. A respeito transcreve-se lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰:

“Hoje, a questão não pode mais suscitar dúvidas, porquanto a Constituição, ao se referir especificamente aos servidores das “fundações” públicas, deixou claro que as considerava como pessoas de Direito Público, pois determinou que seus servidores, tanto como os da Administração direta autárquica (art. 37, XI), ficariam submetidos ao mesmo teto remuneratório (isto é, aos subsídios dos Ministros do STF) Ou seja, ao contrário do que fez para as pessoas de Direito Privado da Administração indireta (sociedade de

⁹Obra citada, em edições posteriores a EC 19/98.

¹⁰Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 21º ed. 2006, p. 176/178.

economia mista e empresas públicas), não levou em conta, para inclusão neste limite, o fato de receberem ou não de União, Estados, Distrito Federal e Municípios recursos para custeio em geral ou para despesas de pessoal art. 37, § 9º).

Demais disto, revelando que as considerava como integrantes do bloco formado pela Administração direta e autarquias, isto é, das pessoas de Direito Público, atribui aos servidores de quaisquer delas o mesmo tratamento quando exercessem mandato eletivo (art. 38).

Igualmente, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao ser conferida estabilidade aos servidores públicos civis que houvessem ingressado sem concurso mas que contassem cinco anos de exercício continuado na data da promulgação da Constituição, foram abrangidos apenas os servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas _ e não os das pessoas estatais de Direito Privado. (art. 19 da ADCT).

Acresce que o art. 33 do "Emendão" (Emenda Constitucional 19, de 4.6.98) também lhes deu o mesmo tratamento atribuído aos servidores das pessoas de Direito Público no que concerne à caracterização de quem deveria ser considerado estabilizado pela Constituição de 1998, para fins do art. 169, § 3º, II (que trata da exoneração de não-estáveis para ajustes aos limites de despesa com pessoal a que têm de se submeter União, estados, Distrito Federal e Município)

(...)

Ora, seria um contra-senso que os servidores destas fundações recebessem tratamento equivalente aos servidores do Estado e de suas autarquias e que houvessem sido beneficiados pela estabilidade excepcional aludida se fundações públicas fossem pessoas de Direito Privado, tanto mais porque a disciplina de pessoal nas entidades estatais de Direito privado, como se sabe, é a da Consolidação das Leis do Trabalho.

Donde, não caberia supor que com a Emenda 19 alterou-se a fisionomia jurídica de tais fundações, ante o fato de haver sido atribuída nova redação ao inciso XIX do art. 37. (...) Tal circunstância é insuficiente para incluí-las no universo das pessoas de Direito Privado em face da já aludida pleora de razões outras que conduzem a entendimento diverso. De resto, o próprio ereto-Lei 200, desde as alterações introduzidas pela Lei 7.596, de 10.4.87, já mencionava que tais pessoas adquiriam personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no registro Civil das

peças Jurídicas, mas não se submetem às demais disposições do Código Civil sobre as fundações.

Esta pleora de razões assentadas em dispositivos constitucionais já afasta de per si, qualquer veleidade de pretender-se extrair do recente Código Civil (aliás, de péssima qualidade técnica no que se refere a tópicos de Direito Público que invasivamente versou) argumentos em prol da natureza privada das fundações em geral.”

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Ayres Brito na ADI 191¹¹ expressando a necessidade de se fazer uma interpretação sistemática, diz:

“... em diversas passagens da Constituição, as fundações são rigorosamente equiparadas às autarquias, em numerosas passagens. Por exemplo, no inciso XXVII do artigo 22, está dito:

“Art. 22. Compete privativamente à União legisla sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União” (...)

Depois é que vem a menção às empresas públicas e sociedade de economia mista. Vale dizer, a Constituição conferiu o tratamento jurídico rigorosamente igualitário às fundações e às autarquias.

No artigo 40 – para não ir muito longe -, a Constituição repetiu esse tratamento rigorosamente paritário entre as fundações e as autarquias, dizendo:

“Art. 40 – Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário”(...)

Deixando claro que somente os servidores da administração direta, de uma banda, e, de outra banda, de autarquias e fundações são investidos em cargos de provimento efetivo.

Então, os servidores de fundação são investidos em cargos de provimento efetivo tanto quanto os servidores autárquicos e os da

¹¹A Ministra Carmem Lúcia e outros Ministros neste julgamento, embora a questão da mudança de orientação da Constituição não fosse essencial para o que estava em debate na ADI se posicionaram a favor da tese de que a EC 19/98 teria permitido a criação de fundações de Direito Privadas pelo Estado.

administração direta. A Constituição está cheia, recamada desse tipo de tratamento igualitário entre fundações e as autarquias, sem que em nenhuma passagem dela se faça a distinção entre fundação de direito público e fundação de direito privado. Não existe isso na Constituição; não consigo ver.”

Tais argumentos me parecem suficientes e irrefutáveis a demonstrar que o Poder Público só pode instituir fundações públicas, com personalidade de direito público, e por conseguinte regidas pelo direito público. Contudo, pode-se acrescentar o disposto no art. 39, caput, que teve sua redação original restabelecida por força de medida cautelar concedida na ADI nº 2.135-4, trazendo de volta a unidade de regime de pessoal ou regime jurídico único. Sendo que este é, por excelência, o estatutário que só tem aplicação nas pessoas jurídicas de direito público. As de direito privado são regidas pela CLT. Sobre a força da redação original do caput do art. 39, agora restabelecido, conforme referido acima, José Tarcísio de Almeida Mello¹² escreve que *na redação original, o art. 39 consagrava o regime jurídico único, extensivo as autarquias e as fundações públicas, para a União, estados, Distrito Federal e municípios, o que forçava o desaparecimento das fundações públicas de Direito Privado. Impossível, assim, a instituição de fundações públicas de direito privado, tendo em vista o regime de pessoal que lhes é imposto pelo caput do art. 39 da CF.*

É de se ponderar ainda, admitida a possibilidade de instituição de fundação de direito privado pelo Poder Público para fins de argumentação, que a natureza jurídica da fundação não é definida pela sua forma de constituição ou a denominação que lhe for dada, consoante jurisprudência do STF desde antes da CF/88 em que se admitiam fundações públicas de direito privado e de direito público. A respeito colaciona-se:

"ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO. -NEM TODA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO E FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. - ÀS 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 PARÁGRAFO. 2. DO ART. 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - SÃO, PORTANTO CONSTITUCIONAIS O ART. 2º, PARÁGRAFO 3º DA LEI 410, DE 12 DE MARÇO DE 1981, E O ART. 1º. DO DECRETO 4086, DE 11 DE MAIO DE 1981, AMBOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

¹² Direito Constitucional do Brasil, Del Rey, 2008 p. 645.

CONHECIDO E PROVIDO."(STF - RE 101126 / RJ. Rel. Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, DJ 01-03-1985)

"NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUIDAS PELO PODER PÚBLICO. DESDE QUE ASSUMAM A GESTÃO DE SERVIÇO ESTATAL, E SEJAM MANTIDAS POR RECURSOS ORÇAMENTARIOS, SOB A DIREÇÃO DO PODER PÚBLICO, INTEGRAM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, E SÃO JURISDICIONADAS A JUSTIÇA FEDERAL, SE INSTITUIDAS PELO GOVERNO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (STF – RE 115.134-0/DF. Rel. Min. Carlos Madeira, 2ª Turma, DJ 06-05-88)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONDENAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, pois assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta.

2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias.

2.1. Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso, são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF - RE 127489 / DF. Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJU 06/03/1998)

Orientação seguida no STJ, conforme demonstram os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FUNDAÇÃO PÚBLICA. EXECUÇÃO. ARTIGO 730 DO CPC.

1. A instância ordinária constatou que a recorrente, Fundação Instituto Tecnológico de Osasco – FITO, foi criada por lei para a prestação de serviços essencialmente públicos e mantida, primordialmente, por dotações orçamentárias do Município de Osasco.

2. Tratando-se de fundação pública, a natureza jurídica é de direito público, os seus bens são impenhoráveis.

3. A execução contra ela movida deve obedecer ao disposto no artigo 100 da Constituição Federal e no artigo 730 do Código de Processo Civil.

4. Recurso especial provido.(Resp. 207.767/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJe 12/12/2008)

No Tribunal de Justiça do nosso Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE ESTÁGIO. REAJUSTE DO VALOR DA BOLSA-AUXÍLIO. FDRH. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. Reformulação do entendimento deste relator acerca do prazo prescricional incidente. Em que pese a FDRH seja, formalmente, pessoa jurídica de direito privado, os bens que a compõem são públicos e para o Estado retornarão quando de sua extinção. Ademais, fora ela constituída para a captação, qualificação e atualização dos estagiários e demais servidores estaduais, prestando, pois, relevante serviço público ao Estado, revestindo-se, assim, de natureza de pessoa jurídica de direito público. Incidência da prescrição quinquenal prevista nos arts. 1º e 3º do Dec. nº 20.910/32. Precedentes. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. APELAÇÃO DA RÉ PROVIDA. APELAÇÃO DA AUTORA JULGADA PREJUDICADA. (Apelação Cível Nº 70036143469, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 01/07/2010)

Neste sentido, vale transcrever as ponderações de Marlon Alberto Weichert¹³, em estudo sobre o Projeto Fundação Estatal elaborado pelo governo federal com relação a aplicação desse modelo na saúde, porque é o mesmo que se propõe no projeto de lei ora em exame:

“Algumas atividades realizadas pelo Estado no âmbito da promoção à saúde podem, efetivamente, ser consideradas econômicas e, nessa hipótese, adequadas às fundações estatais de direito privado. Por exemplo, parece-nos que uma fundação estatal poderia se dedicar à produção de medicamentos, ou sua distribuição, ou mesmo comercialização a instituições privadas, realizando em todos esses casos atividades de natureza econômica, que também poderiam ser exercidas por sociedades de economia mista ou empresas públicas.

Entretanto, a prestação do serviço público de assistência à saúde da população através do SUS é atividade típica do Poder Público; é serviço público de relevância pública, que não pode ser transformado em atividade econômica.

¹³Fundação estatal no Serviço Público de Saúde: Inconsistências e Inconstitucionalidades, in Revista de Direito Sanitário, v. 10 nº 1 p. 81-97, Mar/Jul. 2009

(...)

Não se olvida que o art. 199, caput, da Lei Fundamental autoriza a participação da iniciativa privada na área da saúde. Entretanto, essa liberdade de iniciativa é para ser exercida fora do SUS, ou seja, em paralelo aos serviços públicos de saúde. A iniciativa privada pode concorrer com o SUS, mediante os segmentos (a) da atenção particular tradicional, com contratação pelo interessado do médico ou hospital, e (b) da saúde suplementar, prestada por intermédio de empresas de assistência e seguros em saúde, também numa relação de direito privado.

Dentro do SUS, a participação de serviços privados é estritamente complementar à rede pública. O constituinte reconheceu que as estruturas públicas poderiam ser insuficientes para acolher toda a demanda do SUS e, por esse motivo, admitiu que o Poder Público pudesse complementar a sua rede própria com serviços privados contratados ou conveniados. Ou seja, instituições particulares podem participar do SUS quando indispensável para satisfazer as necessidades sociais. **Essa participação será em caráter precário, pois a prestação do serviço público de saúde é responsabilidade direta do Estado.** O legislador ordinário federal percebeu, com rigor técnico, a decisão constitucional, tendo regulado no art. 24 da Lei n. 8.080/90 que:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Há, portanto, dois universos bem distintos de atuação em saúde: o SUS e o privado. **No SUS, o papel da iniciativa privada é acessório, coadjuvante, sempre por decisão do próprio Estado. Não há um direito subjetivo do particular a integrar o SUS. Decorre, daí, uma suposta confusão pelos formuladores da proposta da fundação estatal. A área da saúde não é de atuação exclusiva do Poder Público; porém, o SUS é essencialmente estatal.** Os dois planos (SUS e não-SUS) não se misturam, exceto quando o Poder Público exerce o controle e a fiscalização das ações

privadas (não-SUS), em regra por meio da vigilância sanitária e epidemiológica.

O Poder Público, no SUS, é sempre um prestador de serviço público. Não há outra possibilidade. E, fora do SUS, não há autorização para atuar. Todo esforço estatal em saúde deve ser realizado dentro do SUS. E será, evidentemente, parte da prestação do serviço público de saúde.

Afigura-se manifestamente sem sentido jurídico a proposta de instituir uma pessoa estatal para prestar serviços ao SUS como se iniciativa privada fosse. Seria o Estado vendendo serviços ao Estado, simulando que é uma instituição privada, a qual sequer deveria compor o SUS (frise-se, só está no SUS precariamente).

A formulação constitucional, densificada pela Lei n. 8.080/90, é muito clara: toda estrutura pública de saúde é parte do SUS. E, não seria necessário dizer, presta serviço público de saúde.

Mas não é só. A fundação estatal – na hipótese estudada – será mantida com recursos públicos. Ainda que percebidos mediante um “contrato de gestão”, os recursos não perderão sua natureza pública. São verbas provenientes do Fundo de Saúde.

Em suma, a fundação estatal prestará serviços públicos e será mantida com recursos públicos. Sua natureza, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é de fundação de direito público, adstrita ao regime administrativo constitucional. Não será, portanto, constitucionalmente adequada a instituição de uma entidade estatal, no regime de direito privado, para atuar como prestadora de serviços dentro do SUS.” - grifei.

Nesta linha, ainda que admitida a possibilidade de instituição de fundação de direito privado pela EC 19/98, a pessoa jurídica que se esta propondo criar no projeto em exame é de Direito Público. Se não vejamos.

O IMESF será o principal responsável e executor das atividades de atenção básica à saúde em Porto Alegre (art. 8º, § 2º), ou seja, assumirá a gestão de serviço estatal. O IMESF receberá repasses financeiros do Município pelos serviços que prestará. O que será, sem dúvida, sua principal fonte de recursos uma vez que prestará a população serviços gratuitos (arts. 9º, VI, 19, I e § 1º). Além disso, estará sob direção do Executivo Municipal que

escolherá seus dirigentes, estando vinculado a Secretária Municipal de Saúde, inclusive com a Presidência do Instituto exercida pelo Secretário da SMS (art. 30)¹⁴.

Por tudo isso, é que tenho como inconstitucional atribuição de personalidade de Direito Privado à Fundação que se propõe criar, e de tudo que daí decorre e que consta no projeto de lei em exame.

Quanto ao regime de pessoal cabe observar que sendo pessoa de direito público, por força da liminar concedida, com efeitos *ex nunc* na ADI nº 2.135-4 já referida acima, não pode adotar o regime celetista. Salvo para os agentes comunitários de saúde e de combate às endemias em razão da promulgação da Emenda nº 51/2006, com amparo nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 198 da Constituição Federal, e Lei Federal nº 11.350/2006, que permite a contratação desses profissionais sob o regime de emprego da CLT. Mesmo assim, seriam necessários ajustes no art. 20 e seguintes do projeto em exame.

No mais é de se observar que o § 5º do art. 20 do projeto em exame encerra hipótese de contratação temporária. A qual deve observar o disposto no inciso IX da CF, ou seja, a) previsão dos casos em lei, b) contratação por prazo determinado e c) necessidade temporária de excepcional interesse público. No caso, projeto estabelece 2 (duas) hipóteses de contratação, ou seja, 1) ações e programas de prazo determinado, definidos em contratos de gestão ou convênios e 2) vacância de postos de trabalho.

A primeira hipótese configura previsão abrangente e genérica, que ao fim e ao cabo delega ao executivo estabelecer os casos de contratação temporária no lugar da lei. O que não se conforma com a Constituição, conforme já decidiu o STF:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná.

"I- A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes

¹⁴Também patrimônio em caso de extinção revertendo ao Município (art. 37), conforme algumas decisões do TJ/RS tal circunstância caracteriza junto com outras a personalidade de direito público de uma fundação.

condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional.

"II - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence.

"III - A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade.

"IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente" (ADI n. 3210/PR, Min. Carlos Velloso)

Ademais, não se pode supor que todas as ações e programas, ainda que na área de saúde, configuram situação de excepcional interesse público. O mesmo ocorre com a segunda hipótese. A vacância de postos de trabalho não é por si só situação excepcional. Ao contrário é situação no geral normal e previsível, que a realização planejada de concursos públicos consegue resolver. Vago algum cargo, por qualquer motivo, basta chamar o próximo candidato aprovado em concurso público realizado e ainda válido.

Outro ponto que no projeto de lei em questão nos parece inconstitucional é a previsão de cargos em comissão sem a definição de atribuições. Odete Medauar define cargo público como *o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres públicos*¹⁵. Ou seja, sem definição de atribuições a rigor não se está criando cargo algum (o mesmo vale para o caso de criação de emprego público). E se os cargos tem que ser criados por lei, não se pode deixar a definição de atribuições do cargo para o regulamento. As atribuições até podem ser desenvolvidas posteriormente por decreto, mas o núcleo essencial deve estar na lei. Assim, é insuficiente a mera nomenclatura do cargo em comissão sem que especificação das atribuições de chefia, direção ou assessoramento, mesmo que no caso corresponda a nomenclatura a cargos de chefia ou direção.

Por fim, deve-se observar que a parte final do inciso XIX do art. 37 da CF/88, com a redação pela EC 19/98, exige a edição de lei complementar que defina as áreas de

¹⁵Direito Administrativo Moderno, RT, 10 ed., p. 264.

atuação das fundações. Tem-se que esta lei complementar deva ser uma lei complementar federal de caráter nacional e não de cada ente federado. Isso porquê o inciso XIX esta inserido no artigo 37 que trata Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De qualquer modo após a EC 19/98 não foi editada nenhuma lei complementar a respeito pela União¹⁶ (ou mesmo pelo Município).

Contudo, alguns entendem que houve recepção pela EC 19/98 do art. 5º, IV do Decreto Lei nº 200/67 com a redação dada pela Lei nº 7.596/87:

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

(...)

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.”

O argumento é de que apesar do DL 200/67 dispor sobre a organização da administração pública federal também tratou de temas gerais, como a distinção entre administração direta e indireta, regras que sempre foram observadas por todos os entes federativos, como obrigatórias. Invoca-se ainda o princípio da simetria. Tenho dificuldade em acompanhar tal entendimento na medida que se estaria recepcionando uma norma que não tem caráter nacional, uma vez que o DL 200/67 tratou apenas da Administração Federal, embora reconheça-se que a União não poderia reservar para si, certas formas societárias (art. 19, III da atual CF). Mas tal comportamento da União não faria da norma apenas federal (porque dirigida apenas para a União) em norma de caráter nacional, mas demonstraria a sua inconstitucionalidade. Daí, para nós a não recepção do dispositivo em questão pela EC 19/98.

Isso posto, ao nosso ver o projeto apresenta inconstitucionalidades, especialmente no que concerne a possibilidade de instituição de fundação de direito privado pelo Município, apesar de existirem respeitáveis entendimentos em contrário, conforme exposto acima.

¹⁶Tramita na Camara de Deputados Projeto de Lei Complementar sob o nº 92/2007 a respeito.

À consideração superior,

Em 10 de dezembro de 2010.

Fábio Nyland
Procurador
OAB/RS 50.325

A Diretoria Legislativa,

Com o parecer prévio desta Procuradoria, para os devidos fins.

Em 10/10/2010.

Marion Huf Marrone Alimena
OAB/RS 12.281
Procuradora-Geral