



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SANTA CATARINA

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por seu Órgão que esta subscreve e no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 127 e seguintes da Constituição, que, dentre outras atribuições, impõe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, efetuar a presente **REPRESENTAÇÃO**, com fundamento nas razões de fato e de direito a seguir expostas, tendo em vista os riscos extraídos dos objetivos intrínsecos da proposta de “**Fundação Estatal**” objeto do Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 92/2007, encaminhado à Câmara dos Deputados, designado Relator, em 1º de agosto de 2007, o Deputado Federal Pedro Henry, para os fins de que, subscrevendo V. Exa. as considerações ora lançadas pela presente, que seguramente também servirão de subsídio para a discussão, **emita eventualmente Recomendação às autoridades pertinentes no sentido da conclusão exposta ao final ou, alternativamente, caso esgotado o processo de discussão e efetivamente aprovado o Projeto de Lei Complementar em questão, seja a presente Representação tomada para o fim de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do que abaixo exposto.**

I – DO OBJETO DA PROPOSTA DO GOVERNO

No plano jurídico, o PLP nº 92/2007 tem por finalidade de definir as áreas de atuação das fundações, com fundamento na parte final do inciso XIX do art. 37 da Constituição, o qual, a partir da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, passou a assim dispor:

"Art. 37 Omissis

. . .

XIX - 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;" (grifou-se).

Visando à regulamentação dessa parte final do inciso XIX do art. 37 da Constituição, o Presidente da República propôs ao Congresso Nacional texto de lei complementar que, além de definir as áreas de atuação das fundações no âmbito da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, possibilita sua instituição inclusive sob a forma de **entidade de direito privado**, nos seguintes termos:

"Art.1º Poderá, mediante lei específica, ser instituída ou autorizada a instituição de fundação sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, com personalidade jurídica de direito público ou privado, nesse último caso, para o desempenho de atividade estatal que não seja exclusiva de Estado, nas seguintes áreas:

I - saúde;

II - assistência social;

III - cultura;

IV - desporto;

V - ciência e tecnologia;

VI - meio ambiente;

VII - previdência complementar do servidor público, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição;

VIII - comunicação social; e

IX - promoção do turismo nacional.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, compreendem-se na área da saúde também os hospitais universitários federais.

§ 2º O encaminhamento de projeto de lei para autorizar a instituição de hospital universitário federal sob a forma de fundação de direito privado será precedido de manifestação pelo respectivo conselho universitário.” (grifou-se).

No plano fático, a pretendida criação da intitulada “Fundação Estatal” nos termos propostos pelo Presidente da República – fundação pública de direito privado integrante da administração indireta dos entes da Federação – é permeada por pressupostos jurídico-econômico-orçamentário-financeiros que merecem uma análise profunda sobre essa temática multidisciplinar, com especial destaque para os serviços públicos de caráter universal e igualitário, como saúde e assistência social, e, por outro lado, constitucionais, com relação à previdência complementar de servidores públicos.

II – DOS PROBLEMAS AFIRMADOS

Segundo consta literalmente da proposta elaborada e disponibilizada para debate pelo MPOG (www.planejamento.gov.br), as razões que teriam motivado a construção desse novo conceito de organização da administração pública foram as seguintes:

PROBLEMA I

- Reconhecimento da inadequação e da rigidez do modelo da administração pública direta e autárquica para a gestão hospitalar eficiente e com qualidade;
- Dificuldades decorrentes da limitada autonomia de gestão, com particular estrangulamento na área de gestão das pessoas;
- Alternativas jurídico-administrativas sendo legalmente questionadas, como por exemplo:

fundações de apoio, organizações sociais – nível federal);

- Insuficiente integração dos hospitais aos sistemas regionais/SUS – ausência de contratos com funções definidas e avaliação de desempenho;

PROBLEMA II

- A Crise dos hospitais no Rio de Janeiro eleva responsabilidades do Governo Federal quanto à capacidade pública de gestão hospitalar;
- **Pressões crescentes dos órgãos de controle – MPF, TCU – alternativas existentes questionadas e “com dias contados”**;
- Ações no atual modelo de gestão são insuficientes e paliativas, quando não agravam os problemas (concursos públicos, sistemas de gratificações, melhorias administrativas, etc);
- Risco e perda de conquistas nos atuais Institutos e Hospitais federais, considerando a produção e a qualidade da assistência.

III – SÍNTESE DO MODELO PROPOSTO

Pela proposta do Presidente da República encaminhada à Câmara dos Deputados, a solução para os problemas identificados, dentre eles os resultantes do controle eficaz por parte do **Ministério Público Federal** e do **Tribunal de Contas da União**, passa pela instituição de um novo modelo de organização da Administração pública que possibilite a criação de “Fundação Estatal” de direito privado com as seguintes características:

- Autonomia de gestão;
- Regime jurídico pela Consolidação das Leis do trabalho (CLT), que possibilite acordo coletivo do trabalho;
- Não inclusão nos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social de que trata o § 5º do art. 165 da Constituição, com financiamento via contrato de gestão;

- Contabilidade típica de empresa estatal, adotada por empresas como Petrobrás, Eletrobrás, dentre outras empresas não-dependentes;
- Sistema de compras e contratos por regulamento próprio (base no art. 119 da Lei nº 8.666/1993);
- Governança com Conselho Curador / Administração (majoritário governamental);
- Gestão profissionalizada;
- Contrato de Gestão com dirigentes do SUS.

Os principais objetivos da proposta elaborada pelo MPOG podem ser assim resumidos:

- a) sujeição às normas de direito privado, inclusive ao Código Civil;
- b) não-aplicação do limite de remuneração de seus agentes, que na União corresponde ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, na forma do inciso XI do art. 37 da Constituição;
- c) não-sujeição às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), editada com fundamento nos arts. 163 e 169 da Constituição;
- d) contratação de servidores por meio de concurso público sob o regime celetista;
- e) tese de que os agentes públicos das fundações não serão remunerados com recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social;
- f) transferência de patrimônio público à fundação estatal de direito privado e concessão de direito de uso (Questões 12 e 16 da Proposta elaborada para debate); tais bens seriam penhoráveis de acordo com o art. 678 do Código de Processo Civil;
- g) imunidade tributária;
- h) remuneração de membros da diretoria sem a perda de imunidade tributária;
- i) sistemas informatizados próprios, sem se sujeitar ao Siafi, Siape, Siasg, Sicaf, dentre outros sistemas instituídos no âmbito federal;
- j) não-sujeição ao art. 100 da Constituição no que se refere ao precatório;
- k) não-sujeição à falência.

III – DA ANÁLISE

3.1. Da Instituição de Fundação Privada pelo Estado

Sobre a possibilidade ou não de o Estado instituir fundação pública de direito privado, o MPOG, sob a alegação de fazer interpretação harmônica do Texto Fundamental, defende, em seu estudo, que o Estado tanto pode instituir fundação de direito público - criada por lei específica e reconhecida pela doutrina e jurisprudência como “fundação autárquica”, pela similaridade de características em relação à modalidade institucional de autarquia - como a de direito privado, criada segundo as disposições do Código Civil, mediante autorização legislativa. Alega, ainda, que, “*com a alteração da EC nº 19/98, ficou expresso na Constituição Federal o poder do Estado de instituir fundações (estatais) com mesma personalidade jurídica das empresas estatais, ou seja, de direito privado.*”

De início, registra-se que a interpretação do MPOG acerca da redação dada ao inciso XIX do art. 37 da Constituição a partir da EC nº 19/1998 não é inequívoca. O dispositivo em foco sofreu alteração nos seguintes termos:

<i>Texto original</i>	<i>Texto Atual</i>
Art. 37. Omissis	Art. 37. Omissis
...	...
XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública ;	XIX - 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;”

As alterações do inciso XIX do art. 37 da Constituição podem ser assim sintetizadas: enquanto o texto original exigia lei específica para criação de fundação pública, com a redação dada pela EC nº 19/1998 passou-se a exigir **autorização** em lei específica para criação de fundações, cabendo à lei complementar definir as áreas de sua atuação.

Como se nota, o comando constitucional em tela não delegou à lei complementar a competência para definir a natureza jurídica das fundações instituídas no âmbito da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas tão-somente as suas áreas de atuação.

De fato, a redação anterior do inciso XIX do art. 37 da Constituição referia-se à “Fundação Pública” e, após a EC nº 19, passou a dispor sobre “fundação” somente. Em face da denominação genérica, busca o MPOG o entendimento de que se encontram incluídas no dispositivo constitucional fundações públicas e privadas. Contudo, se não há dúvidas de que as fundações estritamente privadas estariam submetidas às normas de direito privado, a Constituição não define taxativamente a que normas as entidades previstas neste artigo estariam submetidas, se às de direito privado, às de direito público ou a ambas, como ocorre com as empresas estatais dependentes quando mantidas pelo Poder Público.

O esforço interpretativo deve se iniciar pelo próprio inciso XIX, que trata de forma diferenciada, de um lado, as autarquias, que deverão ser criadas por lei específica, e de outro lado, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, que deverão ser autorizadas por lei específica. Segundo Hely Lopes Meireles:

“Entendem os doutrinadores que o Poder Público pode criar, por lei, fundação com personalidade de Direito Público - fundação pública -, e, neste caso, ela é uma espécie de autarquia; mas pode também determinar a criação de fundação com personalidade de Direito Privado - fundação privada. No primeiro caso, a lei cria a fundação; no segundo, a lei autoriza o Poder Executivo a instituir a fundação.”

O inciso XIX do art. 37 da Constituição traz previsão de lei complementar para a definição de áreas de atuação de fundações. Essa disposição, também inserida com a Emenda Constitucional nº 19/98, significa, a **contrario sensu**, **que devem ser identificadas áreas para as quais o manejo por meio de uma fundação não é adequado**, pois, de outro modo, a disposição de ressalva seria desnecessária. Tais áreas devem ser entendidas como aquelas

pelas quais o Estado revela sua razão de ser, não podendo eximir-se de atuar diretamente, em especial áreas como segurança, assistência social, saúde e educação, dentre outras. Assim, não se vê quais outras haveria a ressaltar se não fossem da espécie de tais áreas sensíveis, ora objeto do PLP nº 92/2007, as quais são objeto de prestação direta e gratuita pelo Estado, inclusive com a determinação de gastos obrigatórios por parte do Poder Público, como no caso de educação e saúde.

Assim sendo, há necessariamente restrição às áreas de atuação que podem ser desempenhadas pela figura de fundação - sem mesmo se definir claramente que possam ser privadas - já que o inciso XIX do art. 37 da Carta Política ao mencionar que deve haver delimitação de áreas por lei complementar, traz subjacente a interpretação de que nem todas podem ser objeto de atuação de fundações, pois do contrário o dispositivo seria inútil, o que não se admite em texto constitucional. Neste sentido, reforça-se, devem ser identificadas como inadequadas ao trato por fundações primordialmente as áreas públicas de prestação universal e gratuita, garantidas pelo Estado.

Sobre a pretendida sujeição às normas de direito privado, o MPOG defende que as empresas e fundações estatais são apenas autorizadas e não criadas por lei, uma vez que adquirem personalidade jurídica após cumprirem os requisitos do Código Civil. As empresas estatais, por sua inscrição na Junta Comercial; as fundações, pelo registro de seus estatutos no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas. A autorização legislativa, nesses casos, é essencial para que o Poder Executivo possa fazer o destaque do patrimônio e/ou do capital público para personalizá-lo segundo as normas do direito privado.

Para fundamentar sua tese, o MPOG cita que, “*em agosto de 2006, a figura jurídico institucional das fundações públicas voltou a ser objeto de debate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 24.427-5, impetrado pelo Banco do Brasil S.A. contra ato do Tribunal de Contas da União, reafirmando-se a possibilidade do Estado instituir fundações de direito público ou privado.*” Para tanto, recorre ao

Voto do Ministro Relator Eros Grau, fundado no Parecer do Procurador-Geral da República, *in verbis*:

"apesar das divergências doutrinárias, podem ser visualizadas no Brasil três tipos de fundações: as privadas, as públicas com regime de direito privado e as públicas propriamente ditas. Afirma que, entre as espécies citadas, a única que prescinde de lei para a sua criação é a estritamente privada, sendo vedada ao Estado a criação de fundações dessa modalidade."

O Parecer do Procurador-Geral da República segue nos seguintes termos, embora omissos no estudo jurídico do MPOG disponível para debate:

*"Reconhece a possibilidade de **as sociedades de economia mista criarem uma fundação nos moldes privados**, a despeito de se submeterem a controles exercidos pelo Poder Público, precisamente como ocorreu em relação à Fundação Banco do Brasil. **Assevera que esse entendimento não compromete a fiscalização da entidade, uma vez que a submissão ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas decorre de sua inserção no conglomerado controlado pelo Banco.**" (Grifou-se).*

Limitado a esse enfoque, o item 3 do Acórdão proferido em sede do MS nº 24.427-5 dispõe de forma clara e inequívoca que a **"Fundação Banco do Brasil persegue finalidades privadas. Não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração nem exerce atribuição pública. Não pode ser incluída entre aquelas às quais dizia respeito o art. 2º do Decreto-Lei n. 900/69."** (grifou-se).

Observa-se que a decisão da Corte Suprema não aborda aspectos das finanças públicas, como, por exemplo, a inclusão das receitas e despesas da Fundação Banco do Brasil nos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social da União, tampouco os limites de remuneração de seus agentes (*"teto constitucional"*) e de despesa total com pessoal. Nem poderia ser

diferente, porque aquela instituição integra em verdade o conglomerado de uma sociedade de economia mista **não-dependente** de recursos dos Orçamentos em questão (o Banco do Brasil), não-sujeita, portanto, às limitações impostas aos órgãos, fundos e entidades instituídas no âmbito da administração na indireta e, sobretudo, mantidas pelo Poder Público, nos termos do inciso XI e § 9º do art. 37 c/c § 5º do art. 165 e § 1º do art. 169, todos da Lei Fundamental.

Assim sendo, revela-se, no mínimo, inadequada – se não mesmo tendenciosa - a utilização da jurisprudência em foco para justificar tratamento que se pretende conferir às “Fundações Estatais” a serem instituídas como meio alternativo de o Estado desempenhar o seu papel constitucional, em especial nas áreas de saúde, assistência social, previdência complementar do servidor efetivo e, conquanto não prevista expressamente, de educação (por meio dos hospitais universitários), dentre outras previstas no PLP nº 92/2007.

A tentativa de afastar as limitações e controles constitucionais de alguns segmentos da administração pública é relativamente antiga. A Lei nº 6.855/1980 é um exemplo disso, quando autoriza, por meio de seu art. 1º, o Poder Executivo “*a instituir, supervisionada pelo Ministério do Exército, a Fundação Habitacional do Exército - FHE, com **personalidade jurídica de direito privado e finalidade social**, cujo Estatuto será aprovado pelo Presidente da República.*” (grifou-se).

Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª edição, p. 144, faz o seguinte comentário sobre essa prática: “*O que se passou, entretanto, no Direito Brasileiro é que foram criadas inúmeras pessoas designadas como ‘fundações’, com atribuições nitidamente públicas, e que, sob este aspecto, em nada se distinguem das autarquias. O regime delas estaria inevitavelmente atrelando-as às limitações e controles próprios das pessoas de Direito Público. Entretanto, foram **batizadas de Direito Privado** apenas para evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público.*” (grifou-se).

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça editou, recentemente, a **Súmula nº 324**, publicada no Diário da Justiça de 16/05/2006, por meio da qual equipara a Fundação Habitacional do Exército à entidade autárquica federal, cuja natureza jurídica é essencialmente pública. A Súmula assim dispõe:

*"Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, **equiparada a entidade autárquica federal**, supervisionada pelo Ministério do Exército."* (grifou-se).

Como se observa do teor da jurisprudência pacificada no âmbito da Corte de Justiça, a natureza jurídica de uma entidade não se define tão-somente pelos termos utilizados no ato normativo instituidor, mas, sobretudo, pela conjugação de princípios e disposições constitucionais vigentes, tão lógica e perfeitamente conectados.

3.3. Da Sujeição das Fundações Estatais às Normas do Código Civil

O MPOG segue seu exercício do que pretende ser uma interpretação harmônica da Constituição (*Questão 1 da Proposta para Debate*) defendendo a possibilidade de serem instituídos dois tipos de fundações pelo Poder Público: a de direito público e a de direito privado, aquela criada por lei específica à semelhança das autarquias, esta criada segundo as disposições do Código Civil, mediante autorização legislativa.

Registre-se que a tese empreendida pelo MPOG não objetiva regulamentar a criação de fundação no âmbito das empresas estatais verdadeiramente não-dependentes de recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social do ente da Federação, a exemplo da Fundação Banco do Brasil. Trata-se de proposta de criação de um **novo conceito** de administração pública, com base no qual se pretende "*transformar*" unidades gestoras integrantes da estrutura de órgãos da administração direta, ou autarquias e/ou fundações públicas – como os hospitais universitários – em fundações de direito privado.

O Código Civil define, no seu art. 44, que as fundações são pessoas jurídicas de direito privado. Em face de a definição ser aberta, referindo-se a fundações no sentido genérico, poder-se-ia interpretar apressadamente que são pessoas jurídicas de direito privado tanto as fundações públicas como as privadas. Mais adiante, no entanto, o art. 62 do mesmo Diploma estabelece que para se criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Ao considerar esses dispositivos e as pretensões do Governo, tem-se a primeira contradição: o Poder Público não pode transferir ativos por escritura pública ou testamento, nem pode especificar, por meio destes instrumentos, o modo de administrá-los, além do fato de os bens públicos não serem necessariamente livres. Os instrumentos citados referem-se, claramente, à transmissão de propriedade quando o seu detentor é pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ademais, o parágrafo único do mesmo art. 62 estabelece que a fundação somente poderá constituir-se para fins **religiosos, morais, culturais** ou **de assistência**, o que não parece ser a finalidade das instituições públicas voltadas para o atendimento de saúde (inclusive os hospitais universitários), assistência social, cultura, turismo, previdência complementar, dentre outras.

Se a finalidade do Código Civil fosse regulamentar as fundações privadas instituídas no âmbito da administração pública, esse parágrafo único conflitaria com o inciso XIX do art. 37 da Constituição, o qual elege, expressamente, a **lei complementar** como instrumento definidor das áreas de atuação das suas fundações.

Chega-se, então, ao seguinte impasse. Para que a fundação esteja sujeita às normas do Código Civil, deverá constituir-se tão-somente para os fins que o seu art. 62 estabelece, o que não atende à proposta formulada para a fundação pública de direito privado por meio do PLP nº 92/2007. Ao considerar que o Código Civil é de 2002, posterior à promulgação da EC nº 19/1998, que alterou o inciso XIX do art. 37 da Constituição, nota-se que as suas

determinações aplicam-se exclusivamente às fundações privadas, regidas pelas normas de Direito Privado.

3.4. Da Penhorabilidade dos Bens da Fundação Estatal

Sobre a constituição do patrimônio da "Fundação Estatal", o MPOG discorre, no Tópico 5 da Proposta elaborada para debate ("Constituição da Fundação Estatal"), que, para o Poder Público criar uma fundação dessa natureza, além de autorização legislativa específica para destaque do patrimônio público e sua personalização segundo as regras de direito privado, haverá necessidade de se fazer "*o registro de seus atos constitutivos no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, na forma prescrita pelo Código Civil.*"

No Tópico 6 desse mesmo Estudo, que trata do "Patrimônio e das Receitas", o MPOG empreende a tese de que "*o patrimônio da fundação estatal é formado pelos bens móveis e imóveis, valores, direitos e outros bens que lhe forem destinados para a consecução de sua finalidade ou por aqueles que ela adquirir com sua receita própria ou receber de terceiros por doação.*" Encerra o título registrando que, no "*caso de extinção da fundação estatal, os legados e as doações que lhe forem destinados, bem como os demais bens que tiver adquirido ou produzido, devem ser incorporados ao patrimônio da União.*"

No que diz respeito à penhorabilidade de bens e rendas da "Fundação Estatal" - item 12 da Proposta em foco - o MPOG defende a seguinte tese, *in verbis*:

"12. Regime de Penhora de Bens e Rendas
Os bens da fundação estatal são passíveis de penhora. Entretanto, observam um regime diferenciado, regulado pelas disposições do art. 678 do Código de Processo Civil. O processo de penhora não é realizado diretamente, mas mediante a nomeação, pelo juiz, de um depositário, que poderá ser, preferencialmente, um dos seus diretores. Esse depositário deverá apresentar uma programação para o pagamento das dívidas ou, no caso de a penhora recair sobre todo o patrimônio, recorrer ao Poder Público."

O dispositivo do Código de Processo Civil (CPC) utilizado para fundamentar o entendimento encontra-se inserido no Livro II "Do Processo de Execução", Título II "Das Diversas Espécies de Execução", Capítulo IV "Da Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente, Seção I "Da Penhora, da Avaliação e da Expropriação de Bens", Subseção V "Da Penhora, do Depósito e da Administração de Empresa e de Outros Estabelecimentos", nos seguintes termos:

"Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.

*Parágrafo único. Quando a penhora recair sobre a renda, ou sobre determinados bens, o depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento observando-se, quanto ao mais, o disposto nos arts. 716 a 720; recaindo, porém, sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução os seus ulteriores termos, **ouvindo-se**, antes da arrematação ou da adjudicação, **o poder público**, que houver outorgado a concessão." (grifou-se).*

De início, cumpre registrar que o chamamento do Poder Público nos processos de penhora das empresas privadas concessionárias de serviços públicos ocorre tão-somente por interesse reflexo da concessão, não se podendo aplicar tal procedimento nem mesmo quando da execução de bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que não exerçam atividade econômica, figuras estas de natureza jurídica de direito privado que, ao lado das pessoas jurídicas de direito público, integram a estrutura do Estado.

No que tange à natureza jurídica dessas figuras em particular, vale citar a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a saber: *"4. Ditas criaturas, pois, ainda quando modeladas sob figurino privado, não são, portanto, da mesma cepa que as demais pessoas de direito privado. A razão de existir, os fins em vista dos quais são criadas, os recursos econômicos que manejam, os interesses a que servem (e podem servir) são manifestamente*

distintos e, sob muitos aspectos, até mesmo diametralmente opostos aos daquel'outras. Bastaria esta evidência para perceber-se que não poderiam mesmo estar submetidas a igual disciplina jurídica. Aliás, as próprias entidades em causa também comportam uma diversidade de regimes, conforme sejam prestadoras de serviço público ou exploradoras da atividade econômica.” (Artigo publicado na Revista Diálogo Jurídico, Número 13, abril/maio de 2002, Salvador, Bahia).

O autor prossegue com a seguinte linha de argumentação lógica:

"6. De toda sorte, o fato é que a personalidade jurídica de direito privado conferida a sociedades de economia mista ou empresas públicas, sejam elas prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica, não significa, nem poderia significar, que, por tal circunstância, desgarem da órbita pública ou que, comparativamente com as pessoas jurídicas de direito público, seja menor o nível de seus comprometimentos com objetivos que transcendem interesses privados. Muito menos, então, caberia imaginar que estejam libertas dos procedimentos defensivos dos recursos e interesses públicos nelas entranhados. Por isto, assujeitam-se a um conjunto de regras de direito público --- algumas delas explícitas já no próprio Texto Constitucional --- que vincam sua originalidade em contraste com as demais pessoas de direito privado.

De resto, se as sociedades de economia mista ou empresas públicas fossem pessoas submissas a um regime jurídico idêntico ao que é aplicado à generalidade das pessoas de direito privado, não existiriam como categoria jurídica autônoma, conforme bem observou FRITZ FLEINER (Principes Généraux du Droit Administratif Allemand, 1933, trad. francesa de CH. EINSENMAN, pgs. 82-83)."

A lógica empreendida pelo autor é a mesma que sustenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a penhora de bens de empresas públicas, empreendida nos seguintes termos extraídos do Informativo STF nº 210/2000:

"Empresa Pública e Penhora de Bens
Concluído o julgamento de recursos
extraordinários nos quais se discute a
impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços da
Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (v.
Informativos 129, 135, 176 e 196). O Tribunal, por
maioria, entendeu que a ECT tem o direito à execução
de seus débitos trabalhistas pelo regime de
precatórios por se tratar de entidade que presta
serviço público. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e
Ilmar Galvão, que declaravam a inconstitucionalidade
da expressão que assegura à ECT a "impenhorabilidade
de seus bens, rendas e serviços", constante do art. 12
do Decreto-lei 509/69, por entenderem que se trata de
empresa pública que explora atividade econômica,
sujeita ao regime jurídico próprio das empresas
privadas (CF, art. 173, § 1º). Vencido também o Min.
Sepúlveda Pertence que, entendendo não ser aplicável à
ECT o art. 100 da CF, entendia que a execução de seus
débitos deveria ser feita pelo direito comum mediante
a penhora de bens não essenciais ao serviço público e
declarava a inconstitucionalidade do mencionado art.
12 do DL 509/69 apenas na parte em que prescreve a
impenhorabilidade das rendas da ECT." RE 220.906-DF,
rel. Min. Maurício Corrêa(RE-220906) RE 225.011-MG,
rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min.
Maurício Corrêa(RE-225011) RE 229.696-PE, rel. orig.
Min. Ilmar Galvão, red. p/ ac. Min. Maurício Corrêa,
16.11.2000.(RE-229696)RE 230.051-SP, rel. orig. Min.
Ilmar Galvão, red. p/ ac. Min. Maurício Corrêa,
16.11.2000.(RE-230051) RE 230.072-RS, rel. orig. Min.
Ilmar Galvão, red. p/ ac. Min. Maurício Corrêa,
16.11.2000.(RE-230072)"

A partir da doutrina citada e das jurisprudências das Cortes Suprema e de Justiça, não resta dúvida de que os bens da "Fundação Estatal", a exemplo da Fundação Habitacional do Exército, serão públicos, resultantes da transferência de bens do ente da Federação e/ou de recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social, principal fonte de recurso de que disporá aquela Fundação, em especial nas áreas constitucionalmente tipificadas como universais e igualitárias.

Outro aspecto que merece análise diz respeito ao conceito de bens público. Segundo as disposições do art. 99 do Código Civil, são bens públicos: "os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a

serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;" (inciso II), compreendidas as fundações de natureza autárquica, a exemplo da Fundação Habitacional do Exército objeto da Súmula do STJ nº 324/2006; e "os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades;" (inciso III).

A respeito dessa conceituação, Hely Lopes Meireles comenta:

*"O conceito adotado não deixa dúvidas quanto ao fato de que também **são bens públicos os pertencentes às autarquias e fundações públicas. Quanto aos bens das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), entendemos que são, também, bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários.** A origem e a natureza total ou predominante desses bens continuam públicas; sua destinação é de interesse público; apenas sua administração é confiada a uma entidade de personalidade privada, que os utilizará na forma da lei instituidora e do estatuto regedor da instituição. A destinação especial desses bens sujeita-os aos preceitos da lei que autorizou a transferência do patrimônio estatal ao paraestatal, a fim de atender aos objetivos visados pelo Poder Público criador da entidade. Esse patrimônio, embora incorporado a uma instituição de personalidade privada, continua vinculado ao serviço público, apenas prestado de forma descentralizada ou indireta por uma empresa estatal, de estrutura comercial, civil ou, mesmo, especial. Mas, latu sensu, é patrimônio público, tanto assim, que na extinção da entidade reverte ao ente estatal que o criou, e qualquer ato que o lese poderá ser invalidado por ação popular (Lei federal 4717/65, art. 1º)" (pg. 501)"*

Registre-se que são atributos dos bens públicos a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a não-oneração. A impenhorabilidade dos bens públicos decorre de preceito constitucional que estabelece condições especiais para a execução de sentenças judiciais contra a Fazenda Pública,

não permitindo a penhora de seus bens. O Código de Processo Civil, por sua vez, traz disposições adicionais nos arts. 730 e 731. A impenhorabilidade, como bem destacou a decisão da Corte Suprema sobre a ECT, está atrelada ao fato de “**se tratar de entidade que presta serviço público**”.

Outro seria o caso se a empresa estatal em questão exercesse atividade econômica não identificada com a prestação de serviço público, situação em que a doutrina admite que não sejam observados os atributos de impenhorabilidade e não-oneração.

O Projeto de Lei em questão, como extensamente explanado, pretende que se apliquem as regras da “Fundação Estatal” às áreas, dentre outras, de saúde, educação e previdência, serviços essencialmente públicos assim definidos pela Lei Maior. Portanto, não poderiam ser aplicadas a tais setores os mesmos procedimentos do art. 678 do Código Processual Civil citados na Proposta do MPOG, os quais aplicam-se a empresas que funcionam mediante concessão ou autorização.

O Código Civil estabelece, no seu art. 1420, que “*Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca*”. No art. 101, por sua vez, o Diploma dispõe que os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei. Dentre as exigências vigentes, alienação de bens imóveis exige autorização legislativa, avaliação prévia e, em regra, licitação para o contrato respectivo (inciso I do art. 17 da Lei 8666/93). Destaca-se, ainda, a exigência prevista no art. 44 da Lei Complementar nº 101/2000, que veda expressamente a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o **patrimônio público** para o financiamento de despesa corrente, ressalvadas tão-somente as destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos. É de dizer: não pode a administração pública alienar os bens públicos para pagamento de dívidas, ainda que sejam trabalhistas.

Segundo a mesma doutrina de Hely (pg. 499), da identificação da atividade como serviço público decorrem os atributos dos bens públicos que constituam seu patrimônio e as demais regras jurídicas aplicáveis, nos seguintes termos:

"O domínio patrimonial do Estado sobre seus bens é direito de propriedade, mas direito de propriedade pública, sujeito a um regime administrativo especial. A esse regime subordinam-se todos os bens das pessoas administrativas, assim considerados bens públicos e, como tais, regidos pelo Direito Público, embora supletivamente se lhes apliquem algumas regras da propriedade privada. Mas advirta-se que as normas civis não regem o domínio público; suprem, apenas, as omissões das leis administrativas."

Os bens que se pretende sejam destacados não poderiam ser penhorados ou sofrer uma desqualificação de sua condição atual, pela qual gozam de todos os privilégios dos bens públicos, pela mera vinculação à nova entidade, uma vez que continuam visceralmente afetados à finalidade pública original. Outrossim, a se dar sentido ao pretendido pela argumentação do MPOG, estar-se-ia avalizando legalmente procedimento que, dolosamente, conduzisse a entidade à inadimplência, justamente com o fim visado de permitir, em um segundo momento, a sua "privatização" absoluta ou a dilapidação do patrimônio público.

Assim sendo, revela-se equivocado o esforço interpretativo que se faz por meio da Proposta do MPOG, com vistas a aplicar às "Fundações Estatais" o mesmo tratamento, no que se refere à penhorabilidade dos bens, dispensado às empresas privadas que funcionam mediante concessão ou autorização de serviços públicos.

3.5. Dos Princípios Constitucionais Norteadores da Administração Pública

Em 1988, a Assembléia Nacional Constituinte promulgou a CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, com vistas a “*instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, ...*”

Para que esse Estado seja de fato Democrático e Social, executor da prestação de serviços coletivos essenciais, é fundamental que não se descuide de agir à luz das leis, com *impessoalidade, moralidade, publicidade* e, sobretudo, *eficiência*, de forma a justificar os recursos que captura da sociedade com resultados socialmente relevantes. São exigências principiológicas, positivadas no ordenamento republicano na forma do *caput* do art. 37 da Constituição.

Quase vinte anos após a promulgação da Constituição, exige-se do Estado muito mais *celeridade, efetividade e eficiência* na prestação de serviços ao cidadão, mas não se podem perder de vista os princípios republicanos indispensáveis à gestão pública, considerado o cenário de complexidade próprio dos novos tempos.

Diante desse desafio, a atuação do Estado revela-se imprescindível para conter os interesses privados em limites socialmente razoáveis. Assim, o Estado constitui a única organização capaz de intervir intensivamente sobre a sociedade, associando a *eficiência à equidade*.

Para garantir o funcionamento da “*máquina estatal*” a contento, o legislador constituinte consagrou o *princípio da eficiência* em diversas passagens da Carta Política, como, por exemplo, a necessidade de lei que discipline a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função pública na administração pública (§ 7º do art. 37); a possibilidade de se ampliar, mediante contrato, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos da administração direta e entidades da indireta, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, nos termos da lei que fixará prazo certo, controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes,

bem como a remuneração do pessoal (§ 8º do art. 37); a previsão de se aplicar os recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, **inclusive sob a forma de adicional de prêmio de produtividade** (§ 7º do art. 39).

Nesse diapasão, foi editada Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, cujo art. 51 dispõe que o Poder Executivo, representado pelo Presidente da República, poderá qualificar como Agência Executiva **autarquia** ou **fundação** que tenha cumprido os seguintes requisitos: **a)** possuir plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; **b)** celebração de Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

O art. 52 da Lei em foco prevê que os “*planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.*”

Conforme dados disponíveis na página eletrônica do MPOG, participaram do projeto-piloto no âmbito da União os seguintes órgãos integrantes da administração direta e entidades da administração indireta: o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a Secretaria de Defesa Agropecuária (DAS) e o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), todos sujeitos aos limites e restrições constitucionais, sem necessidade de alteração da natureza jurídica das entidades envolvidas. O modelo sinaliza que os instrumentos propulsores da eficiência e da elevação do padrão da qualidade do serviço público não passam pela mera transformação da natureza jurídica de órgãos e entidades, mas pela visão e implementação efetiva de ações estratégicas, tão necessárias a todas as organizações privadas e, sobretudo, as

públicas, que têm a missão de bem-aplicar os dinheiros dos contribuintes-cidadãos.

Todavia, a *eficiência*, embora vigente há quase dez anos como princípio republicano norteador da administração pública, ainda não transpôs a cultura equivocada de que apenas o direito privado ou as entidades privadas possam garantir padrões de eficiência na prestação dos serviços públicos oferecidos aos cidadãos.

Exemplo dessa cultura permeia o Artigo do Ministro da Saúde JOSÉ GOMES TEMPORÃO, intitulado “*A fundação estatal fortalecerá o SUS*”, publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 12 de agosto de 2007, onde registra que o “*SUS é uma realidade inconteste, tendo se consagrado como uma efetiva conquista da sociedade. (...) Mas os avanços esbarram na **rigidez do modelo de administração pública direta**. Se os conceitos de *universalidade e gratuidade permanecem como os pilares do SUS, o modelo de administração das unidades de saúde pública está se esgotando.*” (grifou-se).*

O Ministro prossegue seu Artigo enfatizando que se trata de “*um modelo em fase terminal, que **não atende adequadamente à expectativa do cidadão de ter um atendimento de qualidade**, não atende às expectativas dos profissionais de saúde, que se vêem em condições indignas, desmotivados e com salários baixos, e não atende aos interesses dos gestores, que notam que o modelo não responde às suas necessidades como administradores de recursos públicos.*” (grifou-se).

Ressalta, ainda, que “*Não é à toa que praticamente todos os melhores hospitais públicos brasileiros construíram artifícios para fugir desse tipo de administração. Na década de 1990, proliferaram fundações privadas de apoio que acabaram por desempenhar funções administrativas ao lado da administração do hospital, utilizando dinheiro público do SUS. No próprio Ministério da Saúde, o **Inca** e o **Instituto de Cardiologia no Rio** são exemplos dessa alternativa. **Praticamente a totalidade dos hospitais universitários adota esse tipo de gestão. Claramente foi uma estratégia que buscou contornar os constrangimentos da administração pública**, ainda que tenha possibilitado aos hospitais não só recompensar a qualificação profissional, mas*

também transformar serviços em referencial de excelência.” (grifou-se).

E conclui nos seguintes termos: “**A verdade é que, por mais eficazes que sejam, esses modelos estão questionados juridicamente e com os dias contados, segundo decisão do TCU e dos órgãos de controle.** Por isso, buscamos um novo modelo jurídico institucional legal para os hospitais e institutos federais, que mude radicalmente o padrão de gestão existente, bastante burocratizado, para uma alternativa mais ágil, transparente e participativa: **a fundação estatal.**” (grifou-se).

De início, importante se faz esclarecer que o INCA, citado no Artigo do Ministro da Saúde, é, diferentemente das fundações de direito privado que o apóiam, unidade integrante da Secretaria de Atenção à Saúde, subordinada, técnica e administrativamente, ao Ministro de Estado da Saúde - na administração direta -, conforme disposto no inciso II do art. 2º do Decreto nº 5.974, de 29 de novembro de 2006, que define os órgãos específicos singulares na estrutura do Ministério da Saúde, a saber:

“Art. 2º O Ministério da Saúde tem a seguinte estrutura organizacional:

...

II - órgãos específicos singulares:

a) Secretaria de Atenção à Saúde:

...

*6. **Instituto Nacional de Câncer;**” (grifou-se).*

No que tange à classificação orçamentário-financeira, tem-se que o INCA é uma Unidade Gestora Executora (UG 250052 – INCA-RJ), subordinada ao órgão “Ministério da Saúde”, ambos na administração direta, inexistindo, portanto, qualquer dúvida acerca da natureza pública de ambos.

Apesar da crise de gestão por que passam os hospitais públicos no âmbito das três esferas de governo, são vários os argumentos que militam contra a tese empreendida para justificar a criação de “Fundação Estatal” de direito privado no âmbito da administração indireta mantida com recursos

originários dos Orçamentos Públicos. Para ser breve, vale citar, nesta passagem, apenas um argumento com vistas a fomentar a reflexão: se os agentes políticos, formuladores de estratégias, se curvarem à cultura de que somente o direito privado e as entidades privadas são eficientes, todas as instituições que desempenham atividades típicas de Estado restarão fadadas ao fracasso, como o Poder Judiciário, o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas, o Ministério Público e todos os Ministérios e entidades de direito público vinculadas ao Poder Executivo (autarquias e fundações públicas), mantidas com recursos que figuram nos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social.

Tendo em vista que os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência norteiam tanto a administração direta, quanto à indireta, a ineficiência não constitui justificativa razoável para sustentar o modelo de “Fundação Estatal” ora proposto pelo Governo Federal.

Embora a atuação das fundações de apoio de direito privado junto a órgãos e entidades da administração pública tenha sido qualificada pelo Ministro da Saúde como eficaz, o fato é que o modelo já foi algumas vezes contestado pelo **Tribunal de Contas da União**. Os aspectos mais críticos da sistemática desenhada constam do relatório de auditoria realizada junto aos hospitais federais no Rio de Janeiro - Hospital dos Servidores do Estado (HSE), Hospital Geral de Bonsucesso (HGB), Instituto Nacional de Traumatologia-Ortopedia (INTO), Instituto Nacional do Câncer (INCA) e Instituto Nacional de Cardiologia de Laranjeiras (INCL) -, cujo traço nuclear foi o relacionamento entre esses órgãos e suas respectivas fundações de apoio. Dentre os achados mais relevantes, há que se destacar os seguintes aspectos abordados no Voto do Ministro-Relator MARCOS VINÍCIOS VILAÇA que fundamentou o Acórdão nº 1.193/2006-TCU/Plenário, o qual merece ser transcrito na sua íntegra, a saber:

“Vem à discussão, outra vez, o problema do relacionamento de entidades públicas, especificamente de hospitais, com fundações privadas estabelecidas, em tese, para dar-lhes apoio institucional.

2. O panorama desvelado pela equipe de auditoria, sobre a situação de alguns hospitais federais no Rio

de Janeiro, torna evidente a grande distorção que há no enlace que eles mantêm com tais fundações, a qual se manifesta numa série de graves irregularidades, como as que são destacadas a seguir:

a) as **fundações atuam como fornecedoras de mão-de-obra**, para a ocupação de funções inerentes a cargos públicos, sem que haja a promoção do necessário concurso público pelo respectivo hospital, segundo determina o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, com infringência ainda do art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97, que veda a terceirização desses serviços;

b) a contratação de empregados junto às fundações de apoio representa, no final das contas, criação de cargos públicos, ainda que inobservada, para tanto, a exigência de lei e de prévia dotação orçamentária, conforme os arts. 48, inciso X; 61, § 1º, inciso II, alínea "a", **e 169, § 1º, da Constituição**, e **desrespeitada a coordenação ministerial**, prevista no art. 19 do Decreto-Lei nº 200/67;

c) alguns dos empregados cedidos pelas fundações, bem como os seus instituidores, são do próprio quadro do hospital, o que contraria o art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, agravado pelo fato de não haver controle de horários;

d) o apoio das fundações geralmente é contratado por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, mas o serviço prestado não justifica o enquadramento, pois, na prática, não passa de mero fornecimento de mão-de-obra, que, não fosse outras ilegalidades, deveria ser precedido de processo seletivo aberto a qualquer interessado, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição;

e) a mão-de-obra fornecida é, ocasionalmente, arregimentada junto a cooperativas de trabalho, o que faz das fundações intermediadoras do serviço, trazendo ainda riscos de violação ao que foi deliberado pelo TCU por meio do Acórdão nº 1.815/2003-Plenário;

f) normalmente, as fundações são criadas sem qualquer estrutura ou condição de prestar serviços, só vindo a tê-las a partir do momento em que são contratadas e começam a receber o dinheiro público, contra o que dispõe o art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/93;

g) **as fundações prestam serviços a terceiros**, a exemplo dos relacionados a planos de saúde, valendo-se

de pessoal, equipamentos e instalações dos hospitais apoiados, **tudo mantido com dinheiro público;**

h) as fundações usam parte dos recursos públicos que cobram pelos serviços para a **complementação salarial de servidores do quadro dos respectivos hospitais**, em afronta ao art. 37, inciso X, da Constituição;

i) as **fundações são pagas diretamente pelo Sistema Único de Saúde**, embora não sejam autênticas entidades de saúde.

3. Nos hospitais auditados, as fundações de apoio surgem por ocasião e a pretexto de uma **demandas pontual**, como o auxílio num mutirão de cirurgias, mas desde então vão se imiscuindo na administração das entidades públicas até um ponto em que estas acabam dependentes da mão-de-obra contratada. Porém, não ousa dizer que as fundações são culpadas porque, na realidade, as coisas vão se sucedendo por conseqüência da incapacidade da Administração Pública de prover adequadamente a sua complexa conformação.

4. O apoio que o poder público deveria procurar nessas organizações privadas, tendo por parâmetro a Lei nº 8.958/94, assim como o art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, vincula-se à produção científica e ao aprimoramento institucional. Quando muito, seria aceitável que fossem contratadas para formular idéias, pensar soluções, transmitir conhecimentos, enfim, contribuir por meios reflexos para o aperfeiçoamento do serviço médico-hospitalar. Nessa linha, não é adequado que as fundações assumam diretamente os serviços próprios dos hospitais, funcionando como co-prestadoras do atendimento médico à população e com acesso franqueado aos recursos do Sistema Único de Saúde.

5. **Lamentavelmente, a maioria das fundações de apoio não se apresenta como o parceiro de que o Estado precisa.** Não fortalecem as instituições públicas nem as ajudam a captar recursos para expansão de suas atividades. **Apenas se aproveitam de uma deficiência dos quadros de servidores para se transformarem em simples apêndices dos hospitais, ou mesmo em corpos neles entranhados, chegando a controlar decisões de ordem administrativa.** Em vez de colaborar com o uso eficiente e racional dos recursos públicos, existem e

sobrevivem consumindo-os, não obstante, reconhecidamente, estejam prestando serviços úteis.

6. Exceção seja feita, mas apenas em parte, à **Fundação Ary Frauzino**, que apóia o Instituto Nacional do Câncer e tem conseguido, consoante verificado nesta auditoria, **engrandecer o hospital com a obtenção de fontes externas de financiamento e com o desenvolvimento de trabalhos técnicos de interesse da área de especialização. Ainda assim, o relacionamento do INCA com essa fundação possui muitas irregularidades comuns aos casos dos outros hospitais, como a terceirização de mão-de-obra.**

7. Hoje, o ambiente que se formou é crítico. A verdade é que os hospitais não se sustentam sem a mão-de-obra contratada das fundações de apoio. Tomo, como ilustração, o que acontece com o próprio INCA. Em 2003, nada menos do que **1.334 funcionários** da Fundação Ary Frauzino serviam ao hospital, chegando a 42% do efetivo disponível. (fl. 51)

8. Do tamanho que está, esse embaraço não se resolve de uma hora para outra. A solução enfrenta a limitação orçamentária, fora o tempo de realização de concursos públicos. E, para que não haja transtornos para a população, a substituição dos funcionários das fundações de apoio deve se dar de maneira gradual e planejada, como advertido pela equipe de auditoria. Mas também precisa ser uma decisão comprometida e firme.

9. Em conclusão, anuo, com algumas modificações de forma, às determinações e à recomendação sugeridas pela Secex/RJ. E acrescento, em razão dos comentários feitos ao longo do relatório, proposta de que seja efetuada auditoria, no 1º semestre de 2007, com o fim de analisar a regularidade e a confiabilidade do processo de cadastramento e reembolso de prestadores de serviço junto ao Sistema Único de Saúde." (grifou-se).

Ressalvada a honrosa exceção feita no Voto supramencionado à Fundação Ary Frauzino para Pesquisa e Controle do Câncer (FAF), que apóia o INCA, percebe-se que eficiência e fiel cumprimento das normas legais estão longe de serem uma marca das fundações de apoio tidas como modelo de gestão.

Ressalte-se, ainda, que os recursos recebidos pela FAF provêm do ressarcimento da prestação de serviços médico-assistenciais, de doações de pessoas físicas e empresas, de convênios e contratos de patrocínio, a exemplo das Santas Casas e outras entidades filantrópicas. Desse modo, a criação dessa instituição filantrópica de direito privado não gera qualquer obrigação para o Estado com a sua manutenção, pois não integra a estrutura da administração pública, nem direta, nem indireta. Insere-se no contexto das instituições privadas alheias ao Estado que *“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.**”* (§ 1º do art. 199 da Constituição). É de dizer: as fundações de apoio de natureza privada **não podem** substituir o Estado na prestação dos serviços de saúde, dado o seu caráter de atuação complementar imposto pela Lei Fundamental.

Dessa forma, a pretensão de transformar unidades da administração direta ou entidades da indireta em “Fundação Estatal” de natureza

privada, a exemplo das instituições filantrópicas alheias à administração pública, afronta o arcabouço constitucional vigente, por todas as razões esmiuçadas neste título e no seguinte, conjugadas com a jurisprudência pacificada no âmbito da Corte de Justiça por meio da Súmula nº 324/2006.

Os princípios republicanos que norteiam a administração pública direta, as autarquias, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as empresas estatais dependentes, independentemente da natureza jurídica que lhes seja atribuída, não constituem empecilho aos avanços em direção à *eficiência*. Ao contrário, constituem princípios bem sistematizados na Carta Política original com *molas-mestras* propulsoras da equidade e, sobretudo, do bem-estar social, tratados, pelo Preâmbulo da Constituição, como elementos intrínsecos do Estado Democrático de Direito.

3.6. Dos Princípios Constitucionais Norteadores da Tributação e das Finanças Públicas

Em sua Proposta elaborada para debate, o MPOG recorre à Constituição da República, a atos infraconstitucionais, a doutrinas e a jurisprudências, faz um enorme esforço interpretativo e pauta a sua tese no sentido de que as “Fundações Estatais” de natureza privada, instituídas no âmbito da administração indireta dos entes da Federação, não serão mantidas com recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social, nem mesmo nos casos daquelas prestadoras de serviços constitucionalmente definidos como universais e igualitários nas áreas de saúde, assistência social, educação (hospitais universitários) , dentre outros.

Paradoxalmente, essas entidades serão instituídas - ou criadas - pelo Poder Público a quem prestarão os serviços públicos e pelos quais serão retribuídas com recursos que, embora figurem nos Orçamentos como receita tributária, de contribuição social e de outras espécies, serão classificados, no âmbito das finanças da Fundação Estatal, como “*receita de serviço*”. É de dizer: a Fundação Estatal não mais integrará o rol das entidades que processam a execução orçamentário-financeira na órbita do ente da Federação, diferenciando-

se de todas as demais que recebem recursos dos Orçamentos e que apenas executam as despesas a partir da alocação direta de receitas orçamentárias provenientes do Tesouro.

Dito de outra forma: pretende-se instituir uma sistemática para as “Fundações Estatais” idêntica a que se pratica para o pagamento dos serviços prestados por instituições alheias à estrutura organizacional de cada ente da Federação, instituições essencialmente privadas, como as Santas Casas e outras entidades filantrópicas.

Esse é o ponto central da sistemática que se pretende consubstanciar por meio do PLP nº 92/2007 que, embora na sua essência esteja restrita a um artigo tão-somente, produz efeitos bastante amplos e perversos no campo das finanças públicas. Entendido o núcleo da questão, **que se resume à identificação da origem do recurso utilizado para pagamento de despesa com pessoal ou de custeio em geral da Fundação Estatal integrante da administração indireta**, o mais é decorrência lógica, haja vista que, no âmbito da administração pública, a origem do recurso constitui fator essencial para definir as limitações e exigências impostas ao Estado. E são vários os argumentos jurídicos que militam em favor dessa tese.

Pois bem. De início, há que se proceder à leitura panorâmica da Constituição de modo a consignar os fundamentos basilares da tese empreendida neste título, quais sejam, os princípios norteadores dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social (incisos I e III do § 5º do art. 165), da imunidade fiscal recíproca (§ 2º do art. 150), dos limites de remuneração dos agentes públicos (inciso XI c/c § 9º do art. 37), da dívida consolidada dos entes da Federação (inciso VI do art. 52) e da despesa total com pessoal dos Poderes e órgãos com *poder de autogoverno* (art. 169), tão lógica e juridicamente conexos.

Todos esses dispositivos têm em comum, seja de forma expressa no texto da Constituição, seja definido por meio dos atos infraconstitucionais que os regulamentaram, a expressão “*fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*”, com uma ou outra variação textual, sem maior significância. Embora o inciso XI do art. 37 da Lei Fundamental faça menção à administração direta, autárquica e **fundacional**, a lógica que se pode extrair é a

de que não se trata de limitação à remuneração dos agentes públicos de fundações privadas não mantidas com recursos do Tesouro – a exemplo da Fundação Banco do Brasil –, mas apenas daquelas entidades cujas despesas com pessoal ou de custeio em geral sejam arcadas com recursos oriundos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social.

A partir dessa lógica constitucional, delinear-se as normas gerais de finanças públicas que regulamentaram, e com minúcia de detalhes, os arts. 163 e 169 da Constituição, atualmente consubstanciadas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), cuja abrangência alcança não apenas os fundos e **fundações que recebam recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social para pagamento de despesa com pessoal ou de custeio em geral**, mas as empresas estatais dependentes – empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive as suas subsidiárias, que recebam recursos dos ditos Orçamentos -, nos termos do § 3º do art. 1º c/c inciso III do art. 2º do Diploma em foco:

“Art. 1º Omissis

...

§ 3º Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

*b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, **fundações e empresas estatais dependentes**;*

...

*Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, **entende-se como:***

*III - **empresa estatal dependente**: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, **excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária**;" (grifou-se).*

E nessa esteira, também segue o Senado Federal ao editar a Resolução nº 40/2001, com fundamento no inciso VI do art. 52 da Carta

Política, por meio da qual fixa os limites de endividamento para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *in verbis*:

"Art. 1º Subordina-se às normas estabelecidas nesta Resolução a dívida pública consolidada e a dívida pública mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Considera-se, para os fins desta Resolução, as seguintes definições:

*I - Estado, Distrito Federal e Município: as respectivas administrações diretas, os fundos, as autarquias, **as fundações e as empresas estatais dependentes;***

*II - empresa estatal dependente: **empresa controlada pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, que tenha, no exercício anterior, recebido recursos financeiros de seu controlador, destinados ao pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, excluídos, neste último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, e tenha, no exercício corrente, autorização orçamentária para recebimento de recursos financeiros com idêntica finalidade;**" (grifou-se).*

Em suma: a lógica jurídica expressa na Constituição e nas normas infraconstitucionais de finanças públicas alcança todos os órgãos, fundos e entidades da administração indireta, ou seja, todas as unidades administrativas instituídas pelo Poder Público, desde que recebam, a qualquer título, recursos que transitem pelos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social dos respectivos entes da Federação, ressalvados tão-somente os repasses financeiros destinados ao aumento de participação acionária nas hipóteses de empresa pública e sociedade de economia mista.

Também militam em favor dessa tese a doutrina do ilustre JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO e a jurisprudência da Corte Suprema. Em seu Manual de Direito Administrativo, Lumen Juris Editora, pág. 412/415, o autor aborda aspectos valiosos para subsidiar a reflexão sobre o tema.

Ressalta a existência de uma polêmica sobre a natureza jurídica das fundações, dividida em duas correntes básicas, a saber:

"A primeira, hoje dominante, defende a existência de dois tipos de fundações públicas: as fundações de direito público e as de direito privado, aquelas ostentando personalidade jurídica de direito público e estas sendo dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Por esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como verdadeiras autarquias, razão por que são denominadas, algumas vezes, de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais. Seriam elas uma espécie do gênero autarquia." Cita tratar-se do "entendimento de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (ob. Cit., vol. II, pp. 204-205); CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (ob. Cit., p. 83); MIGUEL REALE (RDA 72/409)", entre outros.

Ressalta, ainda, que o "STF optou por esse entendimento, quando deixou assentado que **"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"** RE nº 101.126-RJ, Relator Min. MOREIRA ALVES (RTJ 113/314). O dispositivo citado no acórdão refere-se à Constituição de 1967, com EC nº 1/69.

A obra citada traz ainda importante decisão da Corte Suprema na definição da Justiça competente para processar e julgar causas que envolvam fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. No rol das jurisprudências, registra que **"em recente ação movida contra a Fundação Nacional de Saúde – FNS, instituída pelo Governo Federal, o Juiz da 2ª Vara Federal de Sergipe declinou de sua competência para a Justiça Estadual, que também se julgou incompetente. Suscitado o conflito negativo, foi ele decidido**

pele Superior Tribunal de Justiça, que indicou, como competente, o juiz estadual. Em Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão do STJ, declarando a competência da Justiça Federal. *Flagrante a hesitação, eis a ementa da decisão:*

"Fundação Pública - Autarquia - Justiça Federal

A Fundação Nacional de Saúde , que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público.

Conflito de competência entre Justiça Comum e a Federal. Art. 109, I, da Const. Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua natureza jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias.

*Ainda que o art. 109, I da Const. Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a **origem dos recursos** e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia.*

Recurso Extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal. (RE nº 215.741, 2ª Turma, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, em 30/3/1999 (in RDA 214, pp. 178/180).” (grifou-se).

Ao analisar a decisão em foco, o autor destaca que são quatro os fatores diferenciais trazidos pelo STF para a distinção entre fundações governamentais de direito público e as de direito privado:

- a) desempenho de serviço estatal;
- b) regime administrativo;
- c) finalidade; e
- d) **origem dos recursos.**

Para o autor, dentre os aspectos que podem determinar a natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público, “o *único fator do qual se pode extrair pequeno elemento de diferenciação reside na **origem dos recursos**, admitindo-se que **serão fundações estatais de direito público aquelas cujos recursos tiverem previsão própria no orçamento da pessoa federativa e que, por isso mesmo, sejam mantidas por tais verbas**, ao passo que de direito privado serão aquelas que sobrevivem basicamente com as rendas dos serviços que prestem e com outras rendas e doações oriundas de terceiros.” (grifou-se).*

Os serviços públicos universais e igualitários que se pretende transferir para o campo das “Fundações Estatais” são, e permanecerão sendo, mantidos essencialmente por meio de recursos originários dos impostos e das contribuições sociais. No âmbito da União, em particular, as contribuições sociais instituídas na forma do artigo 195 da Constituição têm, ressalvada a desvinculação prevista no art. 76 do ADCT (DRU), a finalidade exclusiva de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, cujas ações são, obrigatoriamente, tratadas no Orçamento da Seguridade Social (inciso III do § 5º do art. 165 c/c § 2º do art. 195, ambos da Constituição). Tais contribuições, juntamente com outros recursos provenientes dos Orçamentos Fiscais dos entes da Federação - impostos, em especial -, constituem a **fonte primordial de recursos** que mantém os órgãos, fundos e quaisquer entidades instituídas no âmbito da administração pública para implementação das ações universais e igualitárias próprias da Seguridade Social, independentemente da natureza jurídica que lhes seja atribuída.

Em face disso, não pode prosperar a tese de que as “Fundações Estatais” de direito privado não constituem instituições dependentes de recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social (Tesouro), a exemplo das empresas estatais não-dependentes – empresas públicas e sociedades de economia mista – que exploram atividade econômica e que, por assim serem, se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas (§ 1º

do art. 173 da Constituição), inclusive no que se refere às obrigações trabalhistas e tributárias, como ocorre com a Petrobrás, por exemplo.

O paralelismo que se pretende estabelecer entre as fundações e as empresas controladas não-dependentes não tem razão de ser. A denominação da expressão “Fundação Estatal” pode até ser parecida com “Entidade Estatal”, porém não há qualquer semelhança quando se analisa a essência de uma e de outra. Se algum paralelismo pudesse ser feito, seria com as empresas estatais dependentes, que recebem do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluído o aumento de participação acionária, e integram, na sua totalidade, o Orçamento Fiscal (§ 1º do art. 169 da CF c/c LRF, art. 2º, III), assim como o limite para remuneração de seus agentes disposto no § 9º do art. 37 da Constituição, instrumentos constitucionais previstos com a finalidade de evitar que montante excessivo dos recursos públicos seja utilizado para pagamento de despesa de pessoal, comprometendo a realização de outras despesas essenciais.

O custeio da folha de pagamento pelo Poder Público, mediante alocação de recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social, e a sujeição aos limites de despesa com pessoal ativo e inativo, em consequência do art. 169 da Constituição, regulamentado na forma do §3º do art. 1º c/c arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 101/2000, são regras que explicitamente incluem as fundações como parte da administração indireta do ente da Federação, sem ressalvas em face da natureza jurídica adotada (se de direito público ou privado). Tanto é assim, que o conceito conferido à despesa total com pessoal disposto no *caput* do art. 18 da Lei em foco alcança tanto os ocupantes de cargos efetivos como os empregados públicos, sendo irrelevante a sua natureza – se estatutário, vitalício, eletivo, celetista e até mesmo terceirizado.

No que tange às despesas com pessoal no âmbito da saúde especificamente, é importante lembrar o art. 2º da EC nº 51/2006 que dispõe expressamente que os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser diretamente contratados pelos entes

subnacionais, observado o limite de gasto de pessoal previsto no art. 169 da Constituição, nos seguintes termos: “*Art 2º Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do [§ 4º do art. 198 da Constituição Federal](#), observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal.*” (grifou-se).

Ora, se nem mesmo as despesas com a remuneração dos empregados públicos contratados mediante processo seletivo simplificado – que não observa à risca o comando do inciso II do art. 37 da Constituição -, ficaram à margem do limite fixado para despesa total com pessoal do ente da Federação, como se poderia justificar a retirada dos demais profissionais da saúde do limite constitucional imposto para tal despesa? Pergunta para qual não se vislumbram respostas razoáveis.

O fato é que não há fundamento jurídico que justifique a não-consideração das despesas com pessoal de “Fundação Estatal” instituída pelo Poder Público e mantida com recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social do ente da Federação (Tesouro) quando da apuração do limite da despesa total com pessoal, ainda que tais recursos lhe sejam repassados a título de transferência financeira ou “*receita de serviço*” para custeio de ações universais e igualitárias, como sugere a Proposta formulada pelo MPOG.

Visto por outro ângulo, vislumbram-se os seguintes riscos fiscais com impactos sociais:

- a) a exclusão das despesas de educação, saúde e assistência social dos limites da despesa total com pessoal dos Poderes Executivos (37,9% na União, 49% nos Estados e 54% nos Municípios, todos da receita corrente líquida – RCL), cria uma margem de expansão

substancial para despesas com as carreiras típicas de Estado, insustentável sob o prisma fiscal;

b) as despesas com pessoal das áreas de saúde, assistência social e educação executadas por meio da “Fundação Estatal”, que representam boa parte das despesas desta natureza nos Poderes Executivos, seriam custeadas pela outra parcela da RCL não passível de comprometimento com a despesa com pessoal (50% na União e 40% nos Estados e Municípios), disputando dotações orçamentárias com investimentos, pagamento de dívida e outras despesas correntes, como medicamentos, merenda escolar e demais despesas com manutenção da *máquina estatal*, igualmente importantes para o oferecimento de serviços de qualidade e promoção do bem-estar social.

Consideradas essas premissas, pode-se esperar a *precarização* dos serviços prestados por meio de “Fundações Estatais” de direito privado nos moldes propostos, alheias aos limites constitucionais para despesa total com pessoal e dívida consolidada. Essa *precarização* decorrerá da inquestionável escassez de recursos orçamentários não comprometidos com pagamento de pessoal.

E é dizer: o Poder Executivo municipal, por exemplo, poderá ampliar o comprometimento com a despesa total com pessoal dos atuais 54% da RCL, aplicável às instituições que exercem atividade típica de Estado, para até mais 40% utilizando no pagamento de despesas com pessoal das “Fundações Estatais” a parcela hoje aplicada em outras despesas.. Isso porque, no modelo proposto, as transferências de recursos às “Fundações Estatais” instituídas nas áreas de saúde, de assistência social, de educação, dentre outras, serão classificadas como “*outras despesas correntes*”, livres dos limites em referência.

O cenário esperado, nos médio e longo prazos, é de elevação do comprometimento da receita corrente líquida com pagamento de pessoal e aumento do montante da dívida consolidada dos entes da Federação, em especial os subnacionais, pois os recursos orçamentários são escassos, dada a limitação ao poder de tributar, tanto de ordem jurídica quanto econômica.

Uma das hipóteses de elevação da dívida consolidada pode ter origem na inadimplência de despesas incorridas e não pagas, com posterior reconhecimento e parcelamento da dívida, referente a encargos patronais, a dívidas com fornecedores, em especial de serviços públicos como energia elétrica, telefonia, água e esgoto, assim como o não-pagamento de precatórios judiciais durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, nos termos do § 1º do art. 29 c/c § 7º do art. 30 e art. 37, todos da Lei Complementar nº 101/2000.

Numa visão imediatista e muito estreita, a criação de “Fundação Estatal” privada para as áreas de saúde, educação e assistência social, dentre outras, pode significar a “*solução*” fiscal para os Poderes Executivos dos Estados e Municípios cujas despesas com pessoal encontram-se próximas ou acima dos respectivos limites fixados pelo art. 20 da LRF (49% e 54% da RCL respectivamente). Porém, a medida proposta não resolve o maior problema, qual seja, a escassez de recursos orçamentários para financiamento das ações públicas e a impossibilidade de se aumentar, mais ainda, a carga tributária. E o fundamento para isso reside no inciso IV do art. 150 da Constituição, o qual veda, expressamente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios utilizarem tributo com efeito de confisco, impondo, conseqüentemente, a fixação de limites para as despesas de custeio, como as de pessoal, e para o endividamento do ente da Federação.

No que tange à limitação ao poder de tributar a receita das “Fundações Estatais” de direito privado, não há elementos que garantam *a priori* que o Poder Judiciário reconhecerá tal limitação, o que constitui risco para o patrimônio da figura jurídica em tela. Na Proposta elaborada para debate, o

MPOG registra que a “*fundação estatal que atua em áreas sociais (e o campo das fundações estatais, diferentemente das empresas públicas, são serviços públicos de cunho social) goza de imunidade tributária por força do disposto no art. 150, § 2º da Constituição Federal. Ainda que tal dispositivo mencione as fundações instituídas e mantidas pelo Estado, entende-se que a fundação estatal, mesmo que não mantida, strictu sensu, pelo Estado, é uma entidade pública prestadora de serviços públicos da área social.*” (grifou-se).

Não é difícil notar que esse raciocínio jurídico empreendido na Proposta do MPOG apresenta diversas contradições. Primeiro, defende que a “Fundação Estatal” atuante em áreas sociais, embora impedida de instituir e cobrar qualquer tarifa ou outra espécie de ingresso público pelos serviços prestados, não será mantida, *strictu sensu*, por meio dos recursos que figuram nos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social - impostos e contribuições sociais, em especial. Segundo, ainda que “*não seja mantida pelo Poder Público*”, na visão do formulador da Proposta para debate, deverá a Fundação ser beneficiada pela imunidade fiscal recíproca.

Diante dessa contradição, é relevante anotar - de passagem - que a imunidade fiscal recíproca resulta do princípio da isonomia dos entes da Federação. Ainda que não tivesse sido prevista de forma expressa na Carta da República, seria corolário a ser admitido em face do sistema federativo. Decorre da isonomia entre as pessoas de direito público interno, impedindo que um ente possa tributar o outro, sob pena de ferir o pacto federativo. Esta imunidade também se estende às autarquias e as fundações instituídas e **mantidas** pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes por força do § 2º do art. 150 da Constituição, reforçando a lógica já mencionada de que a origem do recurso é o ponto central que define as diretrizes que norteiam a administração pública.

A “Fundação Estatal”, nos moldes delineados na Proposta para debate do MPOG, e em especial aquelas instituídas com a finalidade de prestar serviços públicos universais e igualitários, como educação, saúde e assistência social, reveste-se de todos os elementos intrínsecos da **fundação de direito público**, instituída e mantida pelo Poder Público, quais sejam: **a)** prestar serviços públicos universais e igualitários à população; **b)** receber recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social do ente da Federação (Tesouro), com vistas a custear tais ações, ainda que sob a forma de contrato de gestão, que fixe metas de desempenho; **c)** desfrutar da benesse resultante da imunidade fiscal recíproca. E por assim se qualificar, deve se submeter aos limites e demais restrições constitucionais, referentes à remuneração dos seus agentes (inciso XI c/c § 9º do art. 37), da dívida consolidada (inciso VI do art. 52 c/c RSF nº 40/2001) e da despesa total com pessoal (§ 1º do art. 169 c/c arts. 19 e 20 da LC nº 101/2000), a exemplo de todas as demais instituições que também estão submetidas ao *princípio constitucional da eficiência* no exercício da atividade tipicamente de Estado.

Considerando-se, outrossim, os argumentos utilizados e os objetivos buscados pelo MPOG, conclui-se não ser possível evadir a entidade da natureza pública, já que, além de instituída, será **mantida** pelo Poder Público, sendo que a referência à remuneração pela prestação de serviços ao Estado é mera **metáfora** para a intermediação da entidade à prestação gratuita do serviço do Estado ao cidadão-contribuinte. Sendo claramente públicas a origem dos recursos e a finalidade do serviço, a natureza da entidade não pode fugir dessa condição.

3.7. Dos Princípios Constitucionais Norteadores dos Serviços Públicos Universais e Igualitários

No caso da saúde, manifestamente objeto principal do PLP nº 92/2007, o art. 196 da Constituição estabelece que a saúde é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem ao **acesso universal e igualitário**. Logo em seguida, o legislador constituinte dispôs, no art. 197, que “*são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo*

*ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita **diretamente** ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”*

A partir do texto final do art. 197 da Constituição, os formuladores do PLP nº 92/2007 poderiam argumentar que as ações e serviços de saúde podem, sim, ser executados por terceiros e ainda por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. De fato, isto é verdade. É o caso da atuação das entidades filantrópicas, como as Santas Casas, e também das unidades privadas hospitalares, que cobram pelos serviços de saúde prestados aos pacientes, o que não afasta a obrigação do Estado de prestar os mesmos serviços públicos gratuitos à população.

A boa compreensão do art. 197 da Constituição resulta da sua leitura em conjunto com os ditames do art. 199, que estabelece:

“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.” (grifou-se).

Com vistas a regulamentar esse dispositivo, as disposições do art. 4º da Lei nº 8.080/1990 estabelecem que o SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, podendo a iniciativa privada participar do referido Sistema apenas em caráter complementar (§ 2º).

E por ser a saúde o objeto principal do PLP nº 92/2007, revela-se oportuno registrar os principais fatores críticos que contribuem para o grave quadro em que se encontram as unidades de saúde de forma geral, quais

sejam, a alocação de recursos, a eficiência na gestão e a priorização das ações sociais no processo de escolhas políticas.

Conforme bem argumentado pelo nobre Procurador da República JOSÉ JAIRO GOMES, na ACP nº 2004.38.00.008973-8, Classe 7100:

"O financiamento do SUS deve ocorrer com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, isso atendendo ao que dispõe os artigos 195 e 198, § único da Constituição Federal." (grifou-se).

A ACP em referência, que tramitou na Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, foi apreciada e julgada, em 22/08/2007, pelo Juiz Federal que decidiu de acordo com o pedido do autor membro deste *Parquet*, merecendo destaque a seguinte passagem da decisão em foco:

"(...)
Para se entender a questão, tem-se de ter em mente que os instrumentos orçamentários - Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), Lei Orçamentária Anual (LOA) - são leis que exprimem, em termos financeiros, a destinação de recursos públicos para as necessidades, diretas ou indiretas, de atendimento ao cidadão. A LOA define recursos para o próximo exercício financeiro, estimando receitas e fixando despesas relativas aos Poderes Legislativo, Judiciário e ao Executivo, incluindo todos os órgãos da administração direta e indireta, os fundos especiais (inclusive os fundos de saúde), fundações e demais instituições mantidas pelo Poder Público." (pág. 41)

Em 2000, a Constituição da República foi emendada com vistas a garantir a aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde pelas três esferas de governo, na forma transitória do art. 77 do ADCT, até regulamentação delegada à lei complementar. Não obstante o mandamento constitucional, a aplicação dos valores mínimos nas ditas ações não vem sendo observado por todos os entes da Federação.

Exemplo disso se extrai da Sentença do Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que precisou condenar a União, com fundamento no inciso II do art. 160 da Constituição, a condicionar a entrega, ao Estado de Minas Gerais, do valor de R\$ **376.266.393,00** (trezentos e setenta e seis milhões, duzentos e sessenta e seis mil, trezentos e noventa e três reais) relativos ao Fundo de Participação dos Estados (FPE), ao exato cumprimento das disposições do inciso II, § 2º do art. 198 da Constituição, a partir dos limites atualmente estabelecidos na forma do art. 77 do ADCT, valor este resultante da vinculação indevida, no exercício de 2004, em atividades que não poderiam ser classificadas como ações e serviços públicos de saúde.

Isso porque aquele Estado considerou despesas não tipificadas como universais e igualitárias quando da apuração do referido limite constitucional (inativos, por exemplo), problema este que parece ser generalizado, dada a falta de norma regulamentadora (lei complementar) que discipline, de forma taxativa, as ações e serviços públicos de saúde que podem ser consideradas para fins de apuração do mínimo constitucional com saúde, embora os princípios norteadores da saúde estejam expressos nos arts. 196 a 200 da Constituição e na Lei nº 8.080/1990, os quais deram sustentação aos termos da Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 322/2003.

A consideração de despesas alheias às ações e serviços públicos de saúde universais e igualitárias, quando da apuração do mínimo constitucional, não ocorre apenas nas esferas subnacionais, tendo sido verificada tal prática no âmbito da União, o que demonstra a baixa prioridade que os Governos vêm dispensando à saúde durante o processo de escolha das políticas públicas. Em 2003, por exemplo, o Procurador-Geral da República, a partir da Representação dos ilustres Procuradores da República ALDENOR MOREIRA DE SOUSA e MÁRCIO LÚCIO DE AVELAR, expediu RECOMENDAÇÃO ao Presidente da República, com vistas a impedir que despesas do fundo de combate à pobreza, classificadas como de assistência

social, fossem consideradas para fins de mínimo constitucional da saúde. A Recomendação foi expedida nos seguintes termos:

*"ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil que, em tempo hábil (CF, art. 166, § 5º), envie ao Congresso Nacional Emenda à Proposta Orçamentária no valor de **R\$ 4,020 bilhões** para o ano de 2004, contemplando, assim, os recursos mínimos exigidos pela Emenda Constitucional nº 29/2000 no valor de R\$ 32,930 bilhões, **sem computar nesse montante os recursos provenientes do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza de que trata a EC nº 31/2000**, o que faz por intermédio do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República em cumprimento ao disposto no art. 8º, § 4º, da Lei Complementar nº 75/93." (grifou-se).*

O § 3º do art. 198 da Constituição reserva à lei complementar a definição dos percentuais mínimos a serem aplicados pelos entes da Federação e ações e serviços públicos de saúde, os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais, as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas, assim como as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Os hospitais universitários também são mencionados no PLP nº 92/2007, o que lhe confere contornos complexos. Tem-se que, no âmbito da União, tais unidades encontram-se vinculadas às instituições federais de ensino superior, instituídas, via de regra, sob a figura de autarquia, vinculadas à Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação, na forma dos incisos II e V do art. 2º do Decreto nº 5.159, de 28 de julho de 2004, combinado com inciso V do art. 19 do Anexo I do referido Decreto.

Por outro lado, os hospitais universitários também integram o SUS, na forma do art. 45 da Lei nº 8.080/1990, que dispõe: "Art. 45.

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

Os hospitais universitários são, assim, unidades híbridas, caracterizadas por ações próprias de educação e de saúde. Segundo entrevista concedida pelo Ministro da Educação, Fernando Haddad, disponível na página eletrônica do MEC, *“o modelo de hospitais universitários está esgotado, mas destacou que a questão está sendo rediscutida com o Ministério da Saúde. Para o ministro, a relação do Ministério da Educação com os hospitais universitários deve ser acadêmica e que o custeio — despesas com remédios e equipamentos, por exemplo — precisa passar ao controle da área de saúde. O MEC se limitaria, de acordo com Haddad, a destinar recursos para bolsas de residentes.”*. A listagem disponível na página eletrônica do MEC indica haver 45 (quarenta e cinco) hospitais universitários no País. (grifou-se).

O modelo pretendido com a criação de “Fundação Estatal” de direito privado para os hospitais universitários ganha contornos mais complexos ainda, dada a incerteza de como seriam tratados os atores centrais deste tipo de unidade: os **professores-médicos**. Ficariam tais profissionais vinculados às Universidades, instituídas sob a forma de autarquia (de direito público) ou à “Fundação Estatal” de direito privado? Diante das diferenças entre uma e outra, vislumbra-se muita insegurança jurídica quando da implementação do modelo de “Fundação Estatal” no âmbito destas instituições.

Para que se consiga êxito na formulação e implementação das políticas públicas, a conjugação de três fatores parece crucial: o aporte de recursos, a gestão eficiente por todas as unidades da administração pública, independentemente da natureza jurídica, e, acima de tudo, a priorização das ações sociais no processo de decisão política.

Quanto à garantia do aporte de recursos, a partir de 2000, a área de saúde passou a contar com um diferencial, a exemplo da educação, decorrente da vinculação de parte das receitas orçamentárias nas três esferas de governo em ações e serviços públicos de saúde, pendente, ainda, a edição da lei complementar que elimine as controvérsias acerca do conceito dessas ações, o que acaba possibilitando o desvio de recursos da saúde para outras áreas não consideradas como tal.

Já no que tange à gestão eficiente dos recursos públicos, este ainda parece ser um desafio que precisa ser vencido pelo administrador público, principalmente nas áreas de saúde, educação e assistência social. Contudo, a superação das deficiências existentes não será resolvida com a simples “transformação” da natureza jurídica das organizações, a partir da consolidação da cultura equivocada de que somente o direito privado e as entidades privadas devem ser eficientes, mas, sobretudo, pela implementação de um modelo de administração eficiente a partir do uso de ferramentas de gestão adequadas, em especial no âmbito dos órgãos e entidades da administração indireta.

Para transpor as barreiras existentes, é necessário que os Poderes Legislativos dotem os respectivos Executivos de instrumentos jurídicos capazes de conferir maior qualidade e produtividade na execução dos serviços prestados, tanto pelos **órgãos da administração direta**, quanto pelas entidades da administração indireta, independentemente da natureza jurídica que lhes seja atribuída, sem perder de vista as limitações constitucionais, em especial do poder de tributar, que implica contenção de despesas e do endividamento do Poder Público.

Dentre os instrumentos propulsores da eficiência, cuja gênese encontra origem na própria Constituição, destaca-se a previsão de se aplicarem os recursos orçamentários provenientes da **economia com despesas correntes** em cada **órgão, autarquia e fundação** no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento,

modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional de prêmio de produtividade (§ 7º do art. 39), além de outros previstos no art. 37 do mesmo Diploma, já mencionados em títulos anteriores.

No que se refere à priorização das ações sociais no processo de decisão política, trata-se de tema de contornos complexos próprios da Ciência Política, os quais não se pretende aprofundar nesta análise de cunho essencialmente jurídico. Assim como ocorre com qualquer processo decisório, a política de saúde é resultante de um complexo jogo de acordos e confrontações entre a burocracia, profissionais de saúde, sociedade civil, sindicatos e partidos políticos que se organizam por meio de uma Frente Parlamentar específica.

Nesse cenário, os grupos se organizam e negociam seus interesses. No âmbito do SUS, particularmente, as questões são tratadas nos Conselhos e nas Comissões Interinstitucionais de Saúde, com representantes das três esferas de governo (Tripartite) e das esferas estadual e municipal em cada Unidade Federada (Bipartite). Não obstante esses avanços na democratização do processo decisório na área da saúde, ainda há muito que se evoluir, pois esses mecanismos não se revelaram suficientes ao longo desses 20 anos de vigência do SUS, haja vista as crises por que passam as unidades de saúde em diversos Estados-Membros.

Diante disso, há espaço vasto para se avançar muito mais num modelo de democracia participativa e republicana, capaz de garantir os direitos sociais, modelo este tão necessário para que a sociedade brasileira caminhe em direção a um estágio mais elevado de liberdade e justiça.

3.8. Da Previdência Complementar dos Servidores Públicos Efetivos

O inciso VII do art. 1º do PLP nº 92/2007 também prevê a instituição de “Fundação Estatal” de direito privado para organizar previdência complementar do servidor público ocupante de cargo efetivo. Tal previsão mostra-se contrária ao disposto no § 15 do art. 40 da Constituição, o qual

estabelece, de forma explícita, que o “*regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.*” (grifou-se).

Em face dessa determinação constitucional, pode-se depreender que a organização do regime de previdência complementar do servidor efetivo observará as seguintes premissas:

- a) instituição por lei de iniciativa do Poder Executivo do ente da Federação; exigida lei complementar nos termos dispostos no § 1º do art. 202 CF;
- b) entidade fechada de previdência complementar de **natureza pública**, que oferecerá aos participantes planos de benefícios apenas na modalidade contribuição definida;
- c) observar, no que couber, as disposições do art. 202 da Constituição, ou seja, adesão facultativa (*caput*) e contribuição do ente da Federação nunca superior à contribuição do servidor efetivo (§ 3º).

É de se frisar que o art. 40 da Constituição define as normas específicas para a instituição do regime de previdência complementar dos servidores ocupantes de cargo efetivo de todos os Poderes e órgãos autônomos do ente da Federação, não cabendo, portanto, a aplicação de disposições conflitantes previstas no art. 202 do mesmo Diploma.

É oportuno registrar que a faculdade prevista no art. 202 da Constituição refere-se à adesão ao regime de previdência complementar, não se confundindo com contribuição facultativa por parte do segurado que aderir ao respectivo regime, salvo em caso de exclusão, extinta da mesma forma a cobertura, aspectos que provavelmente serão minuciosamente regulamentados pelo legislador complementar quando da apreciação da matéria.

Por outro ângulo, uma vez feita a opção do servidor efetivo pelo regime complementar, o ente da Federação fica obrigado a contribuir na condição de patrocinador (*contribuição patronal*), conforme dispõe o § 3º do art. 202 da Constituição. Diante disto, cabe formular o seguinte questionamento: Como poderá uma fundação privada impor contribuição ao ente da Federação, a partir da escolha?

Sabe-se que, em 06/09/2007, foi publicada no Diário Oficial da União a Mensagem nº 664, do Presidente da República encaminhando ao Congresso Nacional o texto do projeto de lei complementar que institui o regime de previdência complementar dos servidores públicos federais ocupantes de cargo efetivo de que trata o § 15 do art. 40 da Constituição, abrangendo todos os Poderes e órgãos autônomos da União. Merece destaque, o parágrafo único do art. 4º, o qual prevê a instituição de fundação com personalidade jurídica de direito privado, nos seguintes termos:

*"Art. 4º Fica a União autorizada a criar, por ato do Poder Executivo, a entidade fechada de previdência complementar denominada **Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - FUNPRESP**, com a finalidade de administrar e executar plano de benefícios de caráter previdenciário, nos termos das Leis Complementares nº 108 e nº 109, ambas de 29 de maio de 2001.*

*Parágrafo único. A FUNPRESP será estruturada na forma de **fundação com personalidade jurídica de direito privado**, gozará de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terá sede e foro no Distrito Federal."* (grifou-se).

O Poder Executivo segue propondo que o legislador complementar defina o conceito restritivo do que seja **natureza jurídica pública**, nos seguintes termos do art. 8º do Projeto de Lei Complementar em tela, a saber:

*“Art. 8º A **natureza pública das entidades fechadas** a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição Federal consistirá na:
I - submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;
II - realização de concurso público para a contratação de pessoal;
III - publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da Administração Pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito do ICP-Brasil, de seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos do plano de benefícios e ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares nº 108 e nº 109, ambas de 2001.”*

Nota-se que, pela proposta do Governo, o conceito de natureza jurídica pública ficaria restrito à submissão às normas de licitação (Lei nº 8.666/1993) e contratação de pessoal celetista por meio de concurso público, como se tal conceito pudesse ficar restrito a esses dois aspectos.

É importante registrar que as contribuições para o regime de previdência complementar são espécie de tributo bem semelhante às contribuições instituídas pelas entidades de interesse das categorias profissionais previstas no *caput* do art. 149 da Constituição (os Conselhos). Nota-se que o bacharel não é obrigado a se filiar ao Conselho correspondente à sua profissão, não podendo da mesma forma exercê-la. Porém, uma vez feita a opção, deve o profissional contribuir para a respectiva entidade, em geral instituídas sob a forma de autarquia, dada a necessidade de exercício do poder de império para cobrança da contribuição inserida constitucionalmente no sistema tributário nacional (art. 149).

Outro aspecto que merece maior reflexão diz respeito à imunidade tributária às entidades fechadas de previdência privada. Segundo a jurisprudência do STF, a participação onerosa dos beneficiários afasta a imunidade prevista na alínea "c", inciso IV do art. 150 da Constituição, nos seguintes termos:

"RE N. 259.756-RJ
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
IMUNIDADE - ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA
PRIVADA. Na dicção da ilustrada maioria,
entendimento em relação ao qual guardo
reservas, o fato de mostrar-se onerosa a
participação dos beneficiários do plano de
previdência privada afasta a imunidade
prevista na alínea "c" do inciso VI do
artigo 150 da Constituição Federal. Incide o
dispositivo constitucional, quando os
beneficiários não contribuem e a mantenedora
arca com todos os ônus. Consenso unânime do
Plenário, sem o voto do ministro Nelson
Jobim, sobre a impossibilidade, no caso, da
incidência de impostos, ante a configuração
da assistência social.
** noticiado no Informativo 252" (Informativo*
STF nº 318/2003)

Diante das jurisprudências vigentes, é bastante provável que o Poder Judiciário ratifique o entendimento pacificado no âmbito da Corte de Justiça consubstanciado na **Súmula nº 324/2006**, no sentido de reconhecer as entidades fechadas de previdência complementar do servidor público ocupante de cargo efetivo como de natureza autárquica, independentemente da natureza jurídica que lhes seja atribuída por meio de ato infraconstitucional.

IV – DA CONCLUSÃO

Em agosto de 2007, o Presidente da República encaminhou Projeto de Lei Complementar nº 92/2007, com a finalidade de regulamentar o inciso XIX do art. 37 da Constituição, na parte referente às fundações, com o objetivo de estabelecer as suas áreas de atuação. Na Exposição de Motivos nº

111/2006/MP, o Ministro PAULO BERNARDO SILVA, esclarece que “o Poder Público poderá instituir fundação estatal, sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, nas áreas de saúde, educação, assistência social, cultura, desporto, ciência e tecnologia, meio-ambiente, previdência complementar do servidor público, para os efeitos do art. 40, §§ 14 e 15 da Constituição Federal, comunicação social e promoção do turismo nacional.”

Na essência, o PLP nº 92/2007 restringe-se a apenas um artigo, mas as suas implicações no campo das finanças públicas são bastante amplas. Tal como as Empresas Estatais - empresas públicas e sociedades de economia mista -, as “Fundações Estatais”, nos moldes propostos, integrarão a administração pública indireta.

Sob a alegação de promover maior eficiência da gestão dos recursos públicos e a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados ao cidadão, o Governo Federal pretende retirar as “Fundações Estatais” dos limites e restrições constitucionais impostos aos órgãos, fundos e quaisquer entidades da administração indireta que recebam recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social para pagamento de despesa com pessoal ou de custeio em geral, como por exemplo o limite de remuneração disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição e da despesa total com pessoal de que trata o art. 169 do mesmo Diploma, extensivo, inclusive, às empresas públicas e às sociedades de economia mista - **de natureza jurídica privada** - na forma do § 9º daquele artigo.

A Constituição da República foi bem sistematizada. De um lado, estabelece uma série de limitações ao poder de tributar do Estado, rechaçando, de forma expressa, a utilização do tributo com efeito confisco (inciso IV do art. 150). De outro, o legislador constituinte fixou - ou delegou a fixação à lei complementar ou a resoluções do Senado Federal - limites para as despesas de custeio, contratação de operação de crédito e saldo da dívida consolidada. Até porque, se os recursos são limitados, não podem as despesas correntes e de capital ser **ilimitadas**.

E para que houvesse o equilíbrio entre **receitas** e **despesas**, sem prejuízo da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos, a Constituição estabeleceu que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeceria a diversos princípios, dentre eles o da *eficiência*, indicando alguns meios para alcançá-la, conforme se pode constatar, por exemplo, dos §§ 7º e 8º do art. 37 e § 7º do art. 39.

Nota-se, a partir desta síntese, que a eficiência na administração pública deve ser observada por todos os órgãos e entidades, independentemente da natureza jurídica que lhes seja atribuída, inexistente razoabilidade jurídica que fundamente a flexibilização dos limites e restrições constitucionais previstos para o uso dos recursos públicos.

Desonerar as “Fundações Estatais” dos limites e controles constitucionais conferiria tratamento desigual às empresas públicas e às sociedades de economia mista dependentes, que recebem recursos dos Orçamentos Fiscal e/ou da Seguridade Social embora criadas sob a forma de direito privado, o que as sujeita, por conseqüência, a todas as limitações constitucionais e legais impostas aos Poderes e órgãos, fundos e entidades de direito público, na forma do § 9º do art. 37 e § 5º do art. 165 da Constituição c/c Lei Complementar nº 101/2000 e Resoluções do Senado Federal nºs 40 e 43, ambas de 2001.

Por todo o exposto, e considerando a competência assegurada ao Ministério Público para expedir recomendação visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública (inciso XX do art. 6º da Lei Complementar nº 75/1993), bem como ao respeito aos bens e direitos cuja defesa esteja no âmbito das suas atribuições, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis, sugere-se a expedição de **RECOMENDAÇÃO**, que se faz por intermédio do Excelentíssimo Procurador-Geral da República (§ 4º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993), ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil, para que envie ao Congresso Nacional Emenda ao Projeto de Lei Complementar nº 92/2007, com vistas a compatibilizá-lo aos princípios constitucionais norteadores:

- a) das ações e serviços públicos universais e igualitários (arts. 194 a 204 e inciso IV do art. 206 c/c art. 242 da Constituição), de forma a suprimir, do art. 1º do PLP nº 92/2007, as áreas de saúde (inciso I), assistência social (inciso II) e os hospitais universitários (§§ 1º e 2º);
- b) da previdência complementar do servidor público efetivo, de modo a observar o disposto no § 15 do art. 40 da Constituição, que determina, expressamente, a instituição de entidade fechada de **natureza pública** – natureza jurídica de direito público - para a sua organização.

Sugere-se, em complemento, seja dada ciência do conteúdo desta Representação aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, assim como ao Deputado Federal Pedro Henry (Relator do PLP nº 92/2007), aos Presidentes da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização; da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados; da Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados e da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, assim como aos Presidentes do Tribunal de Contas da União (TCU) e da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) tendo em vista as implicações de ordem contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e, sobretudo, da gestão fiscal responsável.

Por fim, caso V. Exa. opte por não efetuar propriamente Recomendação (sem prejuízo das ciências sugeridas), considerando pertinente o exaurimento das discussões administrativas e legislativas, vindo enfim a ocorrer a aprovação e publicação do referido Projeto de Lei nos termos ora analisados, seja a presente Representação tomada para o fim de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade no que se refere aos tópicos acima enfrentados.

Florianópolis, 23 de novembro de 2007.

ANDRÉ STEFANI BERTUOL
PROCURADOR DA REPÚBLICA