

## O FIM DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA GESTÃO DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: E AGORA?

### THE END OF THE SOCIAL ORGANIZATION IN HEALT MANAGEMENT IN THE STATE OF RIO DE JANEIRO: WHAT'S NEXT?



Soraya Nouira y Maurity<sup>1</sup>

**RESUMO:** Em meio à maior crise sanitária contemporânea, a Lei Estadual nº 8.986/2020, revogou, para o futuro, a Lei nº 6.043/2011, que dispõe sobre parcerias com as organizações sociais de saúde. Como alternativa de política pública, o Governador do Estado apontou a Fundação Saúde, instituída e mantida pelo Poder Público como fundação governamental de direito privado, como braço de execução estadual de saúde pública. Nesta dianteira, do ponto de vista da pulsante necessidade de maior eficiência gerencial do Estado, é essencial investigar em que medida um modelo “reestatizante” é adequado e conveniente para a melhoria na prestação dos serviços públicos de saúde. Uma ordem de preocupação, no corpo institucional, reside no tratamento jurídico que se tem dado, na prática, às fundações governamentais de direito privado pela sua patológica “autarquização”. Para tanto, o presente artigo se volta a abordar os arranjos institucionais concebidos e a implementar para dar musculatura às fundações governamentais de direito privado, isso, de forma descritiva e exploratória, por procedimento de pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundação estatal de direito privado. Eficiência. Hipermiopia temporal. Desorçamentação. Sustenatabilidade financeira.

**ABSTRACT:** During the greatest contemporary health crisis, State Law nº 8.986/2020, repealed, for the future, Law nº 6.043/2011, which regulates public partnerships with non-profit entities into social health organizations. As a public policy alternative, the State Governor appointed The “Fundação Saúde”, created and maintained by the Government under private law, as the state public health execution institute. However, from the point of view of the need for greater management efficiency in the State, it is essential to investigate the extent to which a “re-statist” model is adequate and convenient to improve public health services. An order of concern lies in the legal treatment that has been given, in practice, to governmental foundations under private law. Therefore, this article focuses on the institutional arrangements designed and implemented to give strength to governmental foundations under private law, in a descriptive and exploratory way, through a qualitative, bibliographic and documentary research procedure.

**KEYWORDS:** State foundation of private law. Efficiency. Temporal hyperopia. Financial budget. Sustainability.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Problema posto: a Complexa Organização Administrativa em Gestão de Saúde e o Terceiro Setor. 2. A solução trazida pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro: a Fundação Saúde. 3. É possível reestatizar com eficiência? 4. Conclusão. Referências.

<sup>1</sup>Graduada e Mestre em Direito Público pela Université Jean Moulin Lyon III, e pós-graduada em direito público pela Universidade Cândido Mendes. Diretora Jurídica da Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

**SUMMARY:** Introduction. 1. Problem posed: the Complex Administrative Organization in Health Management and the non-profit sector. 2. The solution brought by the State Government of Rio de Janeiro: the Health Foundation. 3. Is it possible to effectively re-statute? 4. Conclusion. References.

## Introdução

“O Governo Brasileiro gasta mais do que pode e, além disso, gasta mal.” Essa foi a primeira conclusão alcançada pelo Resumo Executivo pelo Grupo do Banco Mundial em estudo realizado lá em novembro de 2017<sup>2</sup>. Soma-se a isso o vertiginoso aumento de gastos com pessoal e encargos sociais no Governo Central que, entre 1997 e 2019, mais do que dobrou em termos reais<sup>3</sup>. Nos Estados e Distrito Federal, os gastos com pessoal também são crescentes e estouram, muitas vezes, os limites de gastos da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, chegando a atingir a casa dos R\$ 182,7 bilhões em 2019<sup>4</sup>. Apesar do fôlego no rígido controle dos limites de gasto com pessoal que a Emenda Constitucional nº 106/2020 e a Lei Complementar nº 173/2020 proporcionaram para o exercício financeiro de 2020, ainda não se avistam melhoras. Isso porque, ao mesmo passo que a entrada na nova década marcou o trigésimo aniversário da regulamentação do Sistema Único de Saúde, pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também testemunhou a maior crise sanitária da nossa época<sup>5</sup>, aliada à já instaurada crise fiscal, inúmeros escândalos de corrupção, desvios de verbas públicas e deficiência na entrega de serviços de saúde de qualidade para combate à doença.

A pandemia causada pelo surto do novo coronavírus (Covid-19), dentre outros reflexos e acirradas discussões jurídicas, trouxe importantes desafios para o direito administrativo sanitário e a modelagem da complexa organização administrativa na execução de ações e serviços públicos.

A relevância do tema retrata a realidade brasileira. *Primeiro*, porque aproximadamente 150 (cento e cinquenta) milhões de brasileiros dependem exclusivamente da

---

<sup>2</sup> Estudo sobre o “BRASIL – REVISÃO DAS DESPESAS PÚBLICAS”. Disponível em: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>>.

<sup>3</sup> Segundo indicadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), os gastos com pessoal e encargos sociais, entre 1997 e 2019, passou de R\$ 152 bilhões para R\$ 321 bilhões.

<sup>4</sup> De acordo com dados da Secretaria do Tesouro Nacional, conforme Carta de Conjuntura – 2020 – nº 48 - 3º trimestre. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36101&Itemid=3](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36101&Itemid=3)>

<sup>5</sup> Conforme pronunciamento da Organização Mundial de Saúde – OMS, ocorrida em 16 de março de 2020.

saúde pública<sup>6</sup>. É dizer, 80% (oitenta por cento) da população, se vale do Sistema Único de Saúde. Os gastos e número de usuários, registra-se, tendem naturalmente a aumentar em momentos de crise econômica, quando a procura por prestação pública e gratuita de saúde, muitas vezes, se torna a única opção individual disponível. No caso da vacina para Covid-19, por exemplo, serão 100% de usuários do SUS<sup>7</sup>, ao menos, para o grupo prioritário, conforme Lei nº 14.125/2021, de resto, deveremos contar com a generosidade do setor privado. É dizer, incansavelmente, deparamos com o desafio de se chegar a instituições políticas modernas e eficientes<sup>8</sup>.

*Segundo*, porque a necessidade de corte de gasto com pessoal não vai ao encontro das crescentes demandas por melhoras nos serviços de saúde pública. Por mais óbvio que possa parecer, o traço da pessoalidade na saúde é essencial à própria aferição da qualidade do serviço prestado. Saúde de ponta se faz com pessoas, simplesmente porque, em face de uma emergência, mais valerá um experiente profissional do que um equipamento recente de última tecnologia, adquirido por intermédio da tão almejada rubrica de gasto de capital, mas que nenhum funcionário saberá manipular.

*Terceiro*, pelo que, em que pese a obrigação constitucional de carrear um mínimo percentual do total da arrecadação a ações e serviços de saúde (art. 198, §2º, II, da Constituição da República – CRFB/88) – *não cuidando o presente artigo das severas críticas que podem ser formulados a essa “primeira geração de regras fiscais” para alocação de recursos*<sup>9</sup> –, não se constatou efetiva melhora na prestação dos serviços de saúde nos últimos anos. E pior: ignora-se, em termos de criação de despesas, que já estamos diante de um gasto obrigatório, confundindo-se os institutos para inviabilizar gastos, sob o pretexto de não comprometer o Orçamento, quando a Constituição, neste particular, quis comprometer gastos com saúde.

---

<sup>6</sup> Conforme identificado em estudo realizado em 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete-em-cada-dez-pessoas-que-procuram-o-mesmo-servico-de-saude-vaao-a-rede-publica>.

<sup>7</sup> Ressalva-se, por oportuno, brilhante artigo de autoria do Gustavo Binenbojm, em que propõe uma alternativa de subsídios cruzados para financiamento da vacina, publicado em 09/03/2021. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/opiniao/post/vacina-altruismo-e-cooperacao.html>.

<sup>8</sup> O problema de se criar instituições políticas modernas foi descrito como o problema de se “chegar a Dinamarca por dois cientistas sociais no Banco Mundial: Lant Pritchett e Michael Woolcock.

<sup>9</sup> Neste sentido, SIQUEIRA, Vanessa H. P. *A rigidez orçamentária e a perda de discricionariedade do chefe do poder executivo: uma realidade?* 1. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. Ainda, remete-se ao artigo de Ana Carla Abrão Costa e Ivan Marc Farber, Recursos humanos: por um setor público melhor, em Reforma do Estado Brasileiro: transformando a atuação do governo. 1ª ed. – São Paulo: Atlas, 2020, posição 1690, segundo os quais: “a forma como está definido o montante de despesas públicas causa problemas para qualidade do gasto e para a gestão da política fiscal como um todo.” Posição 1862.

No meio a esse conjunto de fatores, discute-se também a Reforma Administrativa traçada no Projeto de Emenda Constitucional nº 32/2020, a qual se volta, sumariamente, a, *por um lado*, promover a diminuição dos gastos e desequilíbrio fiscal dos entes políticos com medidas contracíclicas e de contenção de comprometimentos orçamentários que repercutem na sustentabilidade financeira e, *por outro lado*, implementar medidas de maior eficiência na prestação de serviços públicos à sociedade.

Enquanto não se promulga a tão esperada Reforma Administrativa, é preciso se debruçar sobre mecanismos voltados a suprir as prementes necessidades na saúde pública. Intuitivamente, parece que a ineficiência crônica do Estado levaria à inelutável conclusão de que os serviços de saúde devem ser relegados à saúde complementar, delegados em parceria público-privada ou, ainda, fomentados no Terceiro Setor. No Estado do Rio de Janeiro, âmbito sobre o qual se circunscreve o presente artigo, a gestão das mais complexas unidades públicas de saúde (como as unidades de “portas abertas”), se perfaz essencialmente por fomento a Organizações Sociais de Saúde, nos termos do disciplinado pela Lei nº 6.043, de 19 de setembro de 2011. Os objetivos da modelagem são claros: suprir as deficiências gerenciais na gestão das unidades de ponto atendimento e dos hospitais integrantes da Administração Direta, contemplar a necessidade de modernizar os defasados equipamentos médicos e prover as unidades com mão de obra qualificada, profissionalizada e, *enfin et surtout*, bem remunerada<sup>10</sup>.

Em contrapartida, a delegação às Organizações Sociais tem sido palco de inúmeros escândalos de corrupção<sup>11</sup>, desvios de condutas, mau uso de verbas públicas<sup>12</sup>,

---

<sup>10</sup> Consoante Mensagem nº 41 Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2007, do PL nº 1014/07.

<sup>11</sup> As principais irregularidades apontadas são a falta de transparência, moralidade, eficiência, detalhamento de custos unitários, de existência de procedimento impessoal, objetivo e formal, consoante exigido nas prestações de serviços que envolvam dinheiro público.

<sup>12</sup> Cita-se, por exemplo, as Operações de Fratura Abertura, Mercadores do Caos e outras. Adicionalmente, importante destacar alguns trechos de recente decisão proferida pelo E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do recurso de agravo interposto pelo IABAS nos autos do processo nº 102.696-8/20, o qual trata de representação formulada pela Secretaria Geral de Controle Externo – SGE, em virtude de fundado receio de grave lesão ao erário decorrente da contratação por dispensa de licitação do IABAS: “*Nesse sentido, o que pretende a Fundação de Saúde é exigir que o agravante apenas execute os pagamentos de recursos públicos, os quais, inclusive, já foram repassados ao recorrente. (...) Em termos mais diretos: a Fundação Saúde está apenas a demandar que o agravante pague por aquilo que já recebeu. Essa é a sistemática de transferência de recursos afeta aos contratos de gestão. (...) Não se pode olvidar, outrossim, da exorbitante quantidade de recursos financeiros já repassados ao agravante, os quais remontam, praticamente, a metade do valor global do Contrato de Gestão, na ordem de R\$ 358.459.710,25, muito embora a totalidade dos hospitais de campanha não tenha sido entregue. (...) Aliás, quando cotejamos o que o Instituto de Atenção Básica à Saúde – Iabas já teria percebido em razão tanto do Contrato Administrativo 027/2020, como do Contrato de Gestão 027/2020, com o efetivamente executado, tem-se que, com ainda mais razão, há de ser mantido o item III da decisão monocrática de 27/05/2020. (...) Inobstante as vultosas quantias aparentemente já pagas / repassadas ao Instituto de Atenção Básica à Saúde – Iabas, é de conhecimento geral, amplamente noticiado pela mídia que, dos sete Hospitais de Campanha, somente duas unidades estão em operação e, mesmo assim, de forma parcial. Destarte, a análise empreendida nestes autos,*

contratação indevidas de bens, equipamentos e serviços que jamais foram entregues<sup>13</sup>. Alia-se a isso a falta de critérios transparentes, impessoais e objetivos nas contratações, bem como na fiscalização dos contratos. Tudo em detrimento do ideal republicano de boa administração.

O cenário, tornado mais trágico pela conjuntura pandêmica, gerou uma quebra evidente na legitimação da modelagem de gestão de saúde. Naturalmente, cresceram sentimentos de insatisfação popular<sup>14</sup>, quando o momento exigia maior solidariedade. A falta de legitimação foi além do índice de percepção individual e se traduziu em números. A Controladoria Geral do Estado, órgão de controle interno que compõe o próprio Poder Executivo, em nota de levantamento<sup>15</sup> realizada em 16 de junho de 2020, encontrou risco de mau uso do dinheiro público e suspeitas de irregularidade em nada menos que 99,47% dos contratos e aditivos feitos pela Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro durante o combate à Covid-19. Se é verdade que os parâmetros de controle até podem ser questionados, fato é que, em termos de relações institucionais, alguma coisa teria de ser feita. A nota, portanto, culminou na *pure et simple* revogação prospectiva da Lei das Organizações Sociais de Saúde pela promulgação da Lei Estadual nº 8.986, de 25 de agosto de 2020.

A revogação, do ponto de vista da implantação de políticas públicas<sup>16</sup>, não trouxe qualquer alternativa legal, mas tão somente prazo para ajuste dos arranjos institucionais que irão fazer frente ao abandono do modelo de Organizações Sociais de Saúde (*sunset clause*). Assim, para suprir a omissão legislativa, o Governador do Estado, em despacho de 4 de setembro de 2020 (DOERJ de 08/09/2020, Parte I), apontou a Fundação Saúde, fundação estatal de direito privado, como alternativa às Organizações Sociais de Saúde na gestão das unidades de saúde do Estado do Rio de Janeiro.

---

*aliada à situação fática vivenciada pelo Estado em relação aos hospitais de campanha, meramente ratifica e legitima a atuação desta Corte em determinar, ainda que de forma cautelar, a suspensão dos pagamentos devidos ao IABAS. O que se verifica, em verdade, é que os vultosos recursos investidos na contratação não foram capazes de dar uma resposta efetiva e imediata ao triste cenário de calamidade enfrentado pelo Estado do Rio de Janeiro, decorrente, por evidência, de ausência de cautela e de adequado planejamento observados no ajuste firmado com a contratada, cujos prejuízos foram diretamente suportados por quem necessitou de acesso ao sistema de saúde”.*

<sup>13</sup> O caso mais emblemático foi o da não inauguração de 05 (cinco) dos 07 (sete) Hospitais de Campanha idealizados no Contrato de Gestão nº 027/2020, celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Secretaria de Estado de Saúde, e o Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde.

<sup>14</sup> Nos contratos celebrados na Secretária de Estado de Saúde durante a pandemia, lembra-se, deflagrou-se diversas irregularidades apontadas, foram expedidos mandados de prisões, houve realização de busca e apreensão, afastamento do Governador do Estado e outros fatos midiáticos.

<sup>15</sup> Nota nº 20200053, realizada em 19 de junho de 2020. Neste sentido, remete-se à descrição do projeto de lei nº 2882/2020, disponível no Sistema Eletrônico de Informação, o SEI, pelo código verificado nº 5511343. Aliás, importante destacar como a digitalização e informatização dos processos administrativos foram determinantes para o controle de uso de verba pública. A publicização da instrução dos procedimentos de contratação permitiu melhorar e fortalecer os mecanismos de controle externo das contratações públicas.

<sup>16</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Por isso, diante de um preocupante cenário do fim do Terceiro Setor, quer-se discutir se há viabilidade fática, jurídica e orçamentária para concretizar a política pública sugerida pelo Governo do Estado e dar uma resposta institucional à lei revogadora do modelo de Organizações Sociais de Saúde. Para tanto, pretende-se abordar a problemática por pesquisa qualitativa, com natureza descritiva e exploratória da bibliográfica e documentos encontrados sobre o tema.

Assim, *num primeiro momento*, iremos nos debruçar sobre a organização administrativa complexa para a prestação dos serviços de saúde e as alternativas de arranjos institucionais colocadas à disposição do gestor público, incluindo a gestão por descentralização, para explicar a prevalência do modelo do Terceiro Setor, *num segundo momento*, destacaremos o modelo das fundações governamentais de direito privado, apontadas como alternativa ao Terceiro Setor, bem como as adversidades encontradas na prática, essencialmente sob o enfoque orçamentário, do regime de contratação pública e de pessoal, e, *por fim*, de modo a não tornar a perspectiva derrotista, abordaremos as medidas de conformação que os Poderes precisam adotar para superar as adversidades, consagrar efetiva economia de recursos e eficiente prestação de serviços de saúde quando da opção por fundações governamentais de direito privado, isto, sob os mesmos três enfoques.

## **1. Problema posto: a Complexa Organização Administrativa em Gestão de Saúde e a fuga para o Terceiro Setor.**

No Brasil, além do reconhecido desafio de prestar um serviço universal e integral de forma gratuita, a gestão de saúde retrata o que se convém cunhar de organização complexa da Administração<sup>17</sup>. Nesta dianteira, a organização administrativa em saúde pode ser classificada sob dois prismas<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> LEBRETON, Gilles. Droit Administratif general. 7ème édition. ÉDITIONS DALLOZ, 2013. p.5. A verdade é que o direito administrativo não tem a arrogância que por vezes lhe atribuem. O estudo e desenvolvimento histórico demonstram, em verdade, o contrário, que se trata de um direito de extração modesta. Ao contrário do direito civil, que tem suas origens num ato de solenidade legislativa por um ato fundador de codificação, o direito administrativo nasce timidamente, demandou mais de um século para amadurecer e é muito mais flexível e inclinado, maleável a mutações e modernizações.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Patty Fidelis de; MEDINA, Maria Guadalupe; FAUSTO, Márcia Cristina Rodrigues; GIOVANELLA, Lígia; BOUSQUAT, Aylene; MAGALHÃES, Maria Helena. *Coordenação do cuidado e Atenção Primária à Saúde no Sistema Único de Saúde Coordination of care and Primary Health Care in the Unified Health System de Mendonça*. SAÚDE DEBATE | RIO DE JANEIRO, V. 42, NÚMERO ESPECIAL 1, P. 244-260, SETEMBRO 2018.

*Primeiro*, é verticalizada entre os entes da Federação, pela disciplina trazida pela Lei do SUS (Lei nº 8.080/90), a qual preconiza, em síntese, a direção única em cada esfera de governo<sup>19</sup>, descentralização dos serviços para os municípios, regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde. Vale dizer, à União caberia a formulação, avaliação e apoio das políticas públicas, enquanto aos Estados competiria desenvolver a prestação de atividades de atenção avançada, com apoio aos municípios, os quais, por sua vez, cuidariam de prestar a atenção básica<sup>20</sup>.

*Segundo*, remete-se à modelagem horizontal no âmbito de cada ente da federação, isto é, como se molda a prestação das atribuições verticalmente estabelecidas. Cinco são os principais modelos de gestão horizontal em saúde: a gestão direta (pela própria Administração), a gestão interfederativa (pela criação de consórcio público), a gestão delegada (com o Terceiro Setor ou parceria público-privada), a gestão descentralizada (por fundações públicas ou estatais) e a gestão complementar (faturada pelo SUS, mas prestada por particulares).

A gestão indireta, que ora nos preocupa, perpassa a compreensão da organização administrativa por *parcerias público-privadas*, como a delegação ao Terceiro Setor ou concessões especiais administrativas, ou por *parcerias público-público*<sup>21</sup>, como a descentralização administrativa<sup>22</sup> para entidades integrantes da Administração Indireta, a exemplo das fundações governamentais, consórcios interfederativos<sup>23</sup> ou empresas públicas<sup>24</sup>.

Grande parte dos entes políticos tem preferido, no âmbito de suas atribuições administrativas e materiais, promover a gestão e execução de serviços de saúde de forma indireta. Nota-se, por oportuno, que entendemos que a escolha do melhor arranjo para a gestão de saúde pertence à margem de apreciação do administrador quando vem a definir as suas estratégias políticas.

Os Estados de São Paulo, Paraná, Amazonas e outros entes subnacionais, por exemplo, delegam grande parte da gestão, operacionalização e administração a Organizações

---

<sup>19</sup> Conforme disposição no art. 7, inciso IX, da Lei nº 8.080/90.

<sup>20</sup> Conforme disposição no art. 16 a 19, da Lei nº 8.080/1990.

<sup>21</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Fundações Públicas de direito privado*. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, 2008, n.247, jan./abr. 2008.

<sup>22</sup> A descentralização administrativa se evidencia, antes de mais nada, como instrumento de libertação do Estado do formalismo que rege a ação administrativa e, portanto, a adoção de formas de direito privado na gestão pública, na escrituração contábil e na celebração de contratos toma o Estado mais ágil. Há, segundo o mesmo autor, uma publicização do privado e uma privatização do público, dificultando uma clareza conceptual (SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.47 e ss.).

<sup>23</sup> Cita-se, como exemplo, a Consórcio Intermunicipal de Saúde do Norte de Minas - CISNORTE.

<sup>24</sup> A exemplo da Empresa Pública de Saúde do Rio de Janeiro.

Sociais de Saúde. As Organizações Sociais são associações civis que não ostentam finalidade lucrativa, e cujo caráter filantrópico atrai um regime constitucional e legal mais favorecido, tanto do ponto de vista fiscal (art. 150, VI, da CF88, que as confere imunidade), contratual (art. 199, § 1º, da CF88, que estabelece preferência para contratação), quanto da perspectiva da realização de fomento público (conforme Leis nº 9.637/98 e 13.019/2014). Isso tudo porque a realização de atividade econômica ou assistencial pelo terceiro setor também realiza o interesse público primário, ainda quando não associada à execução direta do Estado.

No Estado do Rio de Janeiro, também foi o modelo predileto. Tão somente algumas poucas unidades, de perfil mais especializado, são geridas pela Fundação Saúde, fundação governamental de direito privado<sup>25</sup>, nos moldes da Lei Estadual nº 5.164, de 17 de dezembro de 2007<sup>26</sup>, pela celebração de um instrumento denominado, na lei, de contrato de gestão e, na doutrina, de contrato estatal de prestação de serviço<sup>27</sup>. Em termos orçamentários, são 600 (seiscentos) milhões contra os 2 (dois) bilhões anuais destinados às Organizações Sociais. Neste particular, percebe-se também que a Lei da Fundação Saúde é anterior à Lei das Organizações Sociais de Saúde, o que revela uma certa preocupação quanto à eficiência do modelo fundacional, mesmo que privado, pelo que foi necessário disciplinar e adequar, em âmbito estadual, o fomento de Organizações Sociais de Saúde<sup>28</sup>.

Deste arcabouço institucional, quanto às gestões direta e indireta, algumas considerações se fazem necessárias. *Em primeiro lugar*, a gestão direta gera problemas evidentes em termos gerenciais sob o enfoque da eficiência. Os rigores formais e as exigências procedimentais, administrativas e financeiras, com destaque nas incontáveis remessas aos mais variados setores e órgão da Administração Pública, nos quais são criados cada vez mais

---

<sup>25</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Parecer exarado em resposta à consulta formulada pela Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico em Saúde – FIOTEC*, em 2006, sobre fundações governamentais de direito privado, in *Fundações estatais: estudos e parecer*. Organizadora: Lenir Santos. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 261-262.

<sup>26</sup> Em verdade, a Lei Estadual nº 5.164/2007, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 43.214/2011, autorizou a criação de três Fundações. A “Fundação Estatal dos Hospitais Gerais”, a “Fundação Estatal dos Hospitais de Urgência e Emergência” e a “Fundação Estatal dos Institutos de Saúde”, todas fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de duração indeterminada e com sede e foro na Capital e competência para atuação em todo o território do Estado do Rio de Janeiro. As alterações promovidas por meio da Lei nº 6.304, de 28 de agosto de 2012, unificaram as, até então, três fundações estatais de saúde, instituição que passou a se denominar Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>27</sup> Termo que se preferirá, por gerar menos confusão conceitual. O termo não se confunde, com efeito, nem com os contratos de gestão celebrados com entidades do terceiro setor, nem com àquele categorizado de “endógeno” para conferir maior autonomia a entidades e órgãos integrante da Administração Pública, conforme art. 37, § 8º, da CRFB/88. Neste sentido: PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado*. R. Art. Minist. Públ. Dist. Fed. Terit., Brasília, n.4, p. 97-128, 2010.

<sup>28</sup> Consoante Mensagem nº 41 Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2007, do PL nº 1014/07.

requisitos<sup>29</sup>, criam invariavelmente entraves a uma gestão que se quer ágil, célere e eficiente, principalmente para atender a surtos sanitários não planejados ou de urgência e emergência, cuja flexibilidade para prestação chega a ser vital.

*Em segundo lugar*, a gestão interfederativa também apresenta alguns contratemplos. Se constituída sob regime de direito público, reporta-se à primeira consideração. Se constituída sob regime de direito privado, ainda existem algumas dificuldades de compreensão do início e da forma de execução dos contratos de rateio e de programa, do diálogo e do peso político de cada ente, que podem gerar insegurança jurídica ou dificuldades no planejamento de curto e médio prazo.

*Em terceiro lugar*, a contratualização do Terceiro Setor, e especialmente a delegação às Organizações Sociais, em que pese trazer respostas à necessidade de agilidade e flexibilidade do regime, em consonância com a preferência não lucrativa da gestão (art. 198, caput, CRFB/88), tem sido rechaçada pela opinião pública. Seja no Estado do Rio de Janeiro, seja no Paraná, foi decretada a prisão de simbólicos nomes envolvidos em escândalos de corrupção. Em São Paulo, o Ministério Público denunciou cerca de 70 (setenta) pessoas pela prática dos crimes de organização criminosa, peculato, corrupção passiva, corrupção ativa, lavagem de dinheiro e fraude à licitação em contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais no bojo da Operação Raio X<sup>30</sup>. No Estado de Amazonas, basta citar a Operação Maus Caminhos, na qual se desvendaram desvios de mais de R\$ 100 milhões de reais por meio de Organizações Sociais<sup>31</sup>. Os exemplos não são poucos<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> A título de exemplo, menciona-se o Decreto nº 47.242/2020 (Estabelece medidas adicionais de austeridade para os processos de compras e contratações do Poder Executivo Estadual); Resolução SEPLAG 20/2020 (Dispõe sobre a instrução e o encaminhamento de processos para a SEPLAG, conforme estabelecido nos artigos 3o, 4o, 5o, 7o, e 10 do Decreto Estadual nº 47.242/2020); Decreto n. 47.284/2020 (Estabelece medidas adicionais de austeridade para controle e qualidade de gastos com custeio, pagamento das despesas e dá outras providências); Decreto n. 47.283/2020 (Estabelece medidas adicionais para controle dos Termos de Ajustes de Contas - TAC celebrados pelo Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro); Decreto n. 47.239/2020 (Institui o Comitê de Programação de Despesas Públicas - CPDP - no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências); Decreto n. 47.357/2020 (Altera os Decretos 47.242/20; 47.283/20; 47.284/20 e 47.329/20); Decreto nº 47.408/2020 (Dispõe sobre a necessidade de análise pelo sistema de controle interno dos processos que se enquadram no art. 3º do Decreto n. 47.329/2020); Decreto n. 47.525/2021 (Institui e regulamenta a Política Estadual de Gestão Estratégica de Suprimentos e a Política Estadual de Compras Centralizadas no âmbito do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro) e Decreto nº 40.500/07 (nos casos de remessa obrigatória para os órgãos local e central do sistema jurídica). Os decretos exigem tramitações em diversos setores do Estado, o que torna mais moroso o procedimento de aquisição. Ainda, vale destaca à tramitação jurídica em três níveis, conforme Decreto 40.500/07.

<sup>30</sup> Notícia disponível em: < <https://www.folhavoria.com.br/politica/noticia/10/2020/promotoria-de-sp-denuncia-70-por-desvios-da-saude-em-contratos-de-oss>>.

<sup>31</sup> Notícia disponível em: < <https://sindaude.org.br/noticias/sindaude-df/mais-um-escandalo-envolvendo-os-s/>>.

<sup>32</sup> Em: < <https://outraspalavras.net/outrasaude/em-novo-escandalo-com-organizacoes-sociais-da-saude-helder-barbalho-esta-na-mira/>>

*Por fim*, a delegação às estatais, como acontece no Município do Rio de Janeiro com a “Rio Saúde”, a nosso ver, conflita com a vocação constitucional específica das estatais<sup>33</sup>, as quais deveriam se voltar precipuamente à exploração de atividades econômicas em sentido lato, em contraposição à prestação de serviços sociais compartilhados sem finalidade lucrativa<sup>34</sup>.

De todo modo, após a onda de desestatização promovida nos anos 90, parece que o momento de crise exigiu dos governos que o pêndulo oscile. Quer-se promover, para dar resposta institucional ao descontentamento popular e institucional, uma “reestatização” da gestão do serviço público, sem perda de agilidade. A tendência, conforme estudos recentes<sup>35</sup>, seria mundial. Mas será que é mais eficiente e, principalmente, suficiente para afastar os apontamentos de mau uso de recurso público, promover a melhora da qualidade do serviço, valorizar a gestão de pessoas e, ao mesmo passo, conter os riscos de desequilíbrio fiscal?

## **2. A (questionável) solução trazida pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro: retorno à Administração e às fundações estatais.**

Como já adiantado na parte introdutória, em deliberação e votação ao projeto apresentado<sup>36</sup>, a ALERJ rechaçou o modelo de gestão em saúde pelas Organizações Sociais de Saúde e sugeriu antecipar a revogação da lei disciplinadora em dois anos.

É certo que a medida suscita dúvida acerca de sua efetividade normativa, pelo que, a rigor, a contratação de Organizações Sociais guarda previsão no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93<sup>37</sup>, ou, por convênio, conforme dispositivos da Lei nº 13.019/16. A dificuldade se

---

<sup>33</sup> Neste sentido, veja-se: SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Desestatização. privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

<sup>34</sup> Porém, é de se salientar que nenhuma lei que autorizou a criação de estatal voltada a finalidades sociais e sem fins lucrativos foi, por ora, declarada inconstitucional

<sup>35</sup> Segundo um estudo do TNI (Transnational Institute, sediado na Holanda), pelo menos 884 serviços que foram reestatizados no mundo entre 2000 e 2017 – sendo 80% dos casos a partir de 2009. Disponível em: <<https://cee.fiocruz.br/?q=Privatizacoes-revertidas>> ou <[https://www.tni.org/files/publication-downloads/reclaiming\\_public\\_services.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/reclaiming_public_services.pdf)>.

<sup>36</sup> Sobre o temo, remete-se ao artigo: CYRINO, André. *Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 113 | pp. 51-99 | jul./dez. 2016.

<sup>37</sup> “XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)”.

atrela, em termos de relação institucional, a um certo poder simbólico imanente da Assembleia Legislativa quanto à demonstração de insatisfação institucional.

A despeito das polêmicas que a medida suscita, o Governo do Rio de Janeiro, por ato exarado pelo Governador do Estado<sup>38</sup>, previu que se operará o gradual afastamento das Organizações Sociais de Saúde, com a assunção das unidades hospitalares pela Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

Do ponto de vista da eficiência gerencial<sup>39</sup>, no entanto, uma investigação é essencial: em que medida a necessidade de resposta institucional à falta de probidade, essencialmente durante período que exige atuação mais robusta do SUS, justifica arriscar perder a agilidade, eficiência e flexibilidade necessárias à gestão de saúde. Será que o propósito dialoga com o melhor caminho para consertar erros e melhorar o serviço<sup>40</sup>? A revogação emana de uma verdadeira (velha) nova visão para a melhora na forma de promover política pública de saúde? Ou, em arremate, simplesmente enfatiza uma insatisfação institucional sem pensar nas consequências práticas de sua implantação, em flagrante contrariedade ao giro pragmático<sup>41</sup> que se preconiza na gestão pública?

As fundações governamentais<sup>42</sup> de direito privado se inseriram no ordenamento pátrio por força do Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967, integrando atualmente<sup>43</sup>, sob ao manto

---

<sup>38</sup> Despacho de 04 de setembro de 2020 (DOERJ de 08/09/2020, Parte I).

<sup>39</sup> JORDÃO, Eduardo. *Three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 19, nº 75, jan./mar, 2019, p. 21/38.

<sup>40</sup> Para tanto, André Cyrino destaca, como arcabouço a “*public choice* (as chamadas teorias das escolhas públicas), o qual tem como foco o exame a vida política real, como fruto de embate entre interesses individuais e coletivos egoísticos. Vale dizer, um ambiente não necessariamente habermasiano (e contrafático), em que se pressupõe o diálogo entre iguais voltados ao consenso. Muito ao contrário. O cenário proposto é o de democracia pluralista ao estilo madisoniano, em que a formação de vontade política está sujeita a interferências de facções.” CYRINO, André. *Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 113 | pp. 51-99 | jul./dez. 2016.

<sup>41</sup> DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*, exp. Ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2006, pp. 15-17.

<sup>42</sup> Consoante termo enfatizado por BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016

<sup>42</sup> Prefere-se o termo governamental do que público de modo a evitar maiores confusões com o regime jurídico a ser aplicado. Neste sentido, cita-se decisão proferida no Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 191-4/RS, acórdão de 29 de novembro de 2007, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, pontuou que “*A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de direito privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de direito privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia*”. Ainda, SUNDFELD, Carlos Ari. Parecer exarado em resposta a consulta formulada pela Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico em Saúde – FIOTEC, em 2006, sobre fundações governamentais de direito privado, in *Fundações estatais: estudos e parecer*. Organizadora: Lenir Santos. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 265-266 e 273-274.

<sup>43</sup> Houve discussão, à época da edição da Lei nº 7.596/1987, que revogou os parágrafos 2º e 3º do art. 4, do DL 20/67, acerca da integração das Fundação Pública na Administração Indireta. A seguir, editou-se o Decreto-Lei nº

da Constituição Federal da República, a Administração Indireta, consoante disposto em Lei Complementar respectiva. Dessa maneira, a finalidade das fundações públicas volta-se para o desenvolvimento de atividades de utilidade pública, de vertente essencialmente social<sup>44</sup>, e que não exijam a direta execução por entidades ou órgãos de direito público.

Ademais, a doutrina<sup>45</sup> versa acerca da viabilidade de atuação das fundações públicas de direito privado por meio da celebração de contratos estatais de prestação de serviços com o Poder Público titular do serviço, com o intento de operacionalizar e administrar unidades de saúde<sup>46</sup>. O contrato estatal de prestação de serviço, em suma, segundo José Eduardo Sabo Paes, é o contrato que: “*a fundação estatal celebra com o órgão ou a entidade do Poder Público incumbido da sua supervisão tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas e indicadores de desempenho para a entidade.*”<sup>47</sup>

As fundações públicas - ou fundações *governamentais* – de direito privado, portanto, representam entidades privadas, autossustentáveis, em razão da sua natureza contraprestacional, com autonomia financeira decorrente do recebimento de recursos para a prestação de serviços, por intermédio da celebração de um contrato estatal de prestação de serviços<sup>48</sup>.

---

900/1969, de 29/09/1969, pelo qual a entidade fundacional foi subtraída do rol da Administração Pública, sujeitando-se se, tão-somente, às regras gerais do Código Civil. Posteriormente, contudo, com o advento da Lei nº 7.596/1987, que alterou, quanto às fundações, o Decreto-Lei nº 200/67, bem como revogou dispositivos do Decreto-Lei nº 900/1969, houve a caracterização da fundação pública como entidade de direito privado, criada em virtude de autorização legislativa, todavia excluída do cumprimento das normas de fiscalização previstas no Código Civil. Neste sentido, veja-se: DE MATOS, Frederico Nunes. “*Fundações públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob regime de direito privado*”. Em: RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270., p.207-242, set./dez. 2015

<sup>44</sup> SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Desestatização. privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

<sup>45</sup> Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão, Maria Sylvia Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld.

<sup>46</sup> Em âmbito jurisprudencial, ao analisar a natureza jurídica das fundações públicas de direito privado, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 191-4/RS, acórdão de 29 de novembro de 2007, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, pontuou que “A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de direito privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de direito privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia”. Recentemente, o voto do Min. Marco Aurélio, na ADI 4247 reforçou o entendimento.

<sup>47</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação Pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado*. R. Art. Minist. Dist. Fed. Terit. Brasília, n.4, p.97-128, 2010.

<sup>48</sup> Para Maria Sylvia Di Pietro: [...] a posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.XXVI, p. 323-324)

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4247, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, julgada em 23 de outubro de 2020<sup>49</sup>, julgou o pedido improcedente e entendeu pela juridicidade da modelagem jurídica das fundações governamentais de direito privado, declarando a constitucionalidade da Lei Estadual nº 5.164/07, que autorizou a criação da Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro. Em seu voto, o relator, ministro Marco Aurélio, reforçou o regime jurídico das fundações que, apesar do rótulo, segue o direito privado, com patrimônio e receitas próprias e autonomia gerencial, orçamentária e financeira, sendo também possível a adoção do regime celetista para contratação de seus funcionários.

Apesar dos marcos normativos<sup>50</sup>, doutrinários e jurisprudenciais, a realidade prática de muitas fundações é bem diferente. São, resumidamente, três deformações na aplicação do modelo e, na dúvida, “para preservar o CPF”<sup>51</sup>, opta-se pela interpretação que gera maior engessamento.

**Primeiro:** a classificação orçamentária. No Estado do Rio de Janeiro, a gestão de recursos da Fundação Saúde é feita como Unidade Gestora (conforme de depreende da LOA de 2020, nº 29420, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo) e presta os serviços atrelados a contrato estatal de prestação de serviços, por meio de descentralização do orçamento, isto é, não executa recursos financeiros próprios repassados no bojo do contrato de gestão para prestação dos serviços.

Neste sentido, conclui José Eduardo Sabo Paes<sup>52</sup>. Veja-se:

“A fundação estatal não integra o Orçamento Geral da União como unidade orçamentária. Suas rendas são oriundas das receitas que auferir com a prestação de serviços e o desenvolvimento de suas atividades, bem como por doações, conforme dispuser a lei ordinária que autorizar sua instituição.

O relacionamento entre a fundação estatal e o Poder Público, no tocante à lei orçamentária anual, dá-se exclusivamente sob a forma de prestação de serviços, com base em contrato estatal de serviços, que tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas de desempenho para a entidade.

A fundação estatal não terá recursos assegurados para seu funcionamento nos orçamentos fiscal e de seguridade social, como ocorre com os entes de direito público instituídos pelo Estado, nem mesmo no que tange à folha de pessoal. (...)

---

<sup>49</sup> Com publicação no dia 04 de novembro de 2020.

<sup>50</sup> Rememore-se, por oportuno, que a criação da Fundação Saúde teve por objetivo principal suprir as deficiências na gestão dos hospitais integrantes da Administração Pública, em razão do histórico de precária estrutura e ausência de mão de obra qualificada. Consoante apontado na exposição de motivos do projeto de lei nº 1014/2007, que originou a Lei nº 5.164/2007. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro0711.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/867f2f22923e7a158325737d0070ba15?OpenDocument&Highlight=0,1014> Acesso em 16.10.2020

<sup>51</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: RT, 2020.

<sup>52</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação Pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado*. R. Art. Minist. Dist. Fed. Terit. Brasília, n., p.97-128, 2010.

O sistema contábil da fundação estatal privada, até que seja editado regulamento próprio, será orientado pelos ditames da Lei nº 6.404/76, que se aplica às empresas estatais e também serve como subsídio às fundações privadas.”<sup>53</sup>.

**Segundo:** o regime de contratações. A Fundação Saúde se vale dos mesmos ritos e sistemas de gestão de compras que a Administração Direta. Em que pese a possibilidade inserta, hoje, no art. 119, da Lei nº 8.666/93, para elaboração de um regulamento próprio de compras, fato é que o sistema de compras do Estado (SIGA) é engessado *per se* e a contratação de novo sistema, além de custosa, traz riscos. *A uma*, pelo que nem os órgãos de controle externo, nem os órgãos de assessoria jurídica interna veem – *dentro de um contexto de desconfiança e presunção de má-fé do gestor público fluminense* – com bons olhos quaisquer tentativas de simplificação dos processos de compras<sup>54</sup>. *A duas*, porquanto não se sabe da perenidade que terá o regulamento próprio com o advento da nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021 –, isso porque o projeto de lei não traz previsão semelhante. Noutras palavras, com a nova Lei de Licitações, as fundações estatais se encontram, à primeira vista, num vácuo normativo, pelo que não poderão se valer de regimento simplificado previsto no art. 119, da antiga lei, e nem mesmo aplicar as disposições relativas às estatais, por carecer de previsão normativa expressa neste sentido.

Só lhes restarão, portanto, seguir o rigor das contratações da Administração Direta – quando foram projetadas para serem mais ágeis e eficientes<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> PAES, José Eduardo Sabo. Fundação Pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado. R. Art. Minist. Dist. Fed. Terit. Brasília, n., p.97-128, 2010.

<sup>54</sup> Um exemplo disso é a obrigatoriedade de preenchimento do “Checklist” de compras elaboradas pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em que devem ser averiguados nada menos que 105 requisitos. Ainda, o Governador do Estado em exercício publicou os decretos nº Decreto n. 47.242/2020 (Estabelece medidas adicionais de austeridade para os processos de compras e contratações do Poder Executivo Estadual); Resolução SEPLAG 20/2020 (Dispõe sobre a instrução e o encaminhamento de processos para a SEPLAG, conforme estabelecido nos artigos 3º, 4º, 5º, 7º, e 10 do Decreto Estadual nº 47.242/2020); Decreto n. 47.284/2020 (Estabelece medidas adicionais de austeridade para controle e qualidade de gastos com custeio, pagamento das despesas e dá outras providências); Decreto n. 47.283/2020 (Estabelece medidas adicionais para controle dos Termos de Ajustes de Contas - TAC celebrados pelo Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro); Decreto n. 47.239/2020 (Institui o Comitê de Programação de Despesas Públicas - CPDP - no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências); Decreto n. 47.357/2020 (Altera os Decretos 47.242/20; 47.283/20; 47.284/20 e 47.329/20); Decreto nº 47.408/2020 (Dispõe sobre a necessidade de análise pelo sistema de controle interno dos processos que se enquadram no art. 3º do Decreto n. 47.329/2020); Decreto n. 47.525/2021 (Institui e regulamenta a Política Estadual de Gestão Estratégica de Suprimentos e a Política Estadual de Compras Centralizadas no âmbito do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro).

<sup>55</sup> Outro problema reside numa discrepância do sistema jurídico. Pelo Decreto Estadual nº 40.500/09, mesmo que uma lei confira autonomia gerencial a uma entidade da Administração Indireta, é obrigatória a submissão de determinados processos ao órgão local (à assessoria jurídica da Secretaria a qual a entidade é vinculada) e, após, à Procuradoria Geral do Estado, que poderá fazer remissões internas. Noutros termos, os órgãos setoriais passam por, no mínimo, três a quatro instâncias de considerações jurídicas, enquanto as contratações da Administração Direta passam por, ao menos, duas instâncias. A cada dia (ou semana) a mais num setor, a Administração perde agilidade.

**Terceiro:** o regime de pessoal e a submissão ao Regime de Recuperação Fiscal (LC nº 159/17 e LC nº 178/2021), este último hoje incidente sobre o Estado do Rio de Janeiro. Essa dificuldade resvala na primeira, pelo que a orçamentação da Fundação Saúde, como se órgão da Administração Direta fosse, implica a classificação de seus empregados como gasto com pessoal, vale dizer, como se entidade “dependente” fosse, nos termos do art. 2º, III, da LRF.

A dificuldade aqui talvez seja a mais insuperável. Na ponta, como competir com Organização Social de Saúde para a gestão de uma unidade hospitalar se não se remunera bem os seus médicos e sua equipe multiprofissional empregada? A saúde fluminense não conta com reajustes desde 2014 e, quando um profissional médico pode sair do setor público para ganhar mais do triplo na iniciativa privada, não há dúvida de que a opção será essa. E pior: na sede institucional (corpo administrativo responsável pelas contratações públicas), como aparatar a gestão e os setores técnicos, em termos de recursos humanos, para que os envolvidos sejam capazes de organizar todas as contratações do Estado, arcando com as devidas responsabilidades, sem cometer quaisquer erros? Isso, mantendo os salários praticados? O descompasso entre o nível de sofisticação intelectual, acadêmica e salarial entre aquele que controla e aquele que é controlado só aumenta. Quais estímulos para dar mais espaço de atuação ao gestor se tem dado na prática?

A alteração na Lindb pela Lei nº 13.655/18 veio em boa hora, mas parece que a tendência é simplesmente ampliar o âmbito de incidência do “erro grosseiro”. Neste sentido, o advento do sistema eletrônico no Estado do Rio de Janeiro (o SEI), em que pese ter se revelado como grandioso avanço tecnológico no “novo normal” do *teletrabalho*, permitiu que todo o sistema de controle – *interno, social ou externo* –, visse, a qualquer tempo, o nome de absolutamente todos os envolvidos num procedimento administrativo. A pessoalidade no sistema eletrônico é grande. Se, por um lado, permite um tiro mais certo do órgão de controle, por outro lado, é inegável que trouxe maior grau de responsabilidade a reforçar a já instaurada sensação de medo para o gestor que defere.

É fato: na prática, às fundações se estenderam as amarras e rigores formais da Administração Direta, a engessar a eficiente prestação dos serviços de saúde mais delicados. A patológica “autarquização”<sup>56</sup> da gestão, administração e contratualização das fundações tem reforçado a estratégia política do Governo do Estado de lançar mão da parceria com o

---

<sup>56</sup> Para explicar o fenômeno patológico nas entidades de direito privado, PINTO, Henrique Motta. *A Autarquização das Empresas Estatais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Um Obstáculo para as Reformas na Administração Pública*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania / v. 15, n. 57 • São Paulo: 2010, p. 215.

Terceiro Setor para execução e prestação de serviços que exijam, pela sua própria natureza, atuação célere, eficiente e muita mais desburocratizada.

E é por isso que, no âmbito da saúde, se as coisas não mudarem, é preferível a execução de serviços de saúde a entidades filantrópicas. Não é à toa. A estratégia política conseguiu contemplar alguns dos mais antigos pleitos da área de saúde. Porque não vinculada ao orçamento, à Organização Social de Saúde é viável contratar mais profissionais, sem as amarras do concurso público<sup>57</sup>, reajustar os salários com maior liberdade, tornando os empregos mais atrativos, atualizar a rede com equipamentos e materiais médicos mais modernos por contratações que não sigam o iter da Lei nº 8.666/93.

Do ponto de vista da moralidade e da eficiência<sup>58</sup> do Estado, no entanto, a conclusão tem sido deletéria: a delegação de todo um modelo de gestão para entidades exclusivamente privadas sem o correlato aparelhamento do Estado para acompanhamento e fiscalização desses contratos não é adequado para o resguardo do erário. Por isso, é importante repensar quaisquer dos modelos.

### **3. Repensando o modelo da fundação estatal: “reestatizar” pode dar certo?**

Uma primeira preocupação na estabilidade institucional e eficiência na prestação de saúde, dentro da solução apresentada de “reestatização”, sem abandono do regime privado, é, como vimos, o tratamento jurídico que se tem dado, na prática, às fundações estatais. Não adianta suplantiar um modelo, que possui inerentes gargalos, por outro, que não dá conta. Até mesmo porque o gestor público não tem a opção de não prestar o serviço, em se tratando de imposição constitucional, como é o caso da saúde pública.

A modelagem jurídica de fundação governamental de direito privado surgiu objetivando adotar arranjos jurídicos que abarcassem determinados serviços públicos compartilhados<sup>6</sup>, por contraprestação, conferindo-se maior autonomia administrativa, orçamentária e financeira, para garantir serviços de altíssima relevância constitucional mais ágeis, céleres e eficientes<sup>7</sup>. Assim, não basta a simples denominação da entidade como de

---

<sup>57</sup> Remete-se, por oportuno, ao julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade – ADI nº 1923, que declarou a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, e enfatizou a necessidade de contratação, pelas Organizações Sociais de Saúde, por um rito formal, objetivo e impessoal, mas não necessariamente idêntico àquele praticado pelas entidades da Administração Pública.

<sup>58</sup> JORDÃO, Eduardo. *Three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, ano 19, nº 75, jan./mar, 2019, p. 21/38.

direito privado, ela deve *efetivamente* corresponder ao regime jurídico de direito privado para alcançar a exegese da norma.

A preocupação, em termos de economicidade, também pode ser colocada em razão dos altos custos de transação com as Organizações Sociais. É dizer, quando se volta a prestigiar o modelo originalmente idealizado das fundações governamentais de direito privado não se deve desconsiderar, ainda, a economia procedimental e burocrática obtida pela Administração Pública Estadual. Isso porque se deixa de lado os custos de negociação e fiscalização incorridos quando da qualificação e escolha das Organizações Sociais de Saúde, o que consubstancia grande gargalo e é objeto de aviltantes críticas.

Nota-se, em boa hora, que o art. 14, do DL nº 200/67, preconiza que “*o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco*”. Na mesma linha, o art. 30, § 3º, zela por um dever de redução dos custos operacionais. As contratações das Organizações Sociais de Saúde com terceiros têm se tornado cada vez mais complexas, com tramite próprio (ADI nº 1923) e de difícil fiscalização, em inadequação com os preceitos da transparência e boa administração.

As fundações, por sua vez, em razão de integrarem a Administração Indireta, se sujeitam a uma série de controle e preceitos constitucionais mais bem desenhados (controle interno e externo, seja judicial, administrativo, político ou financeiro), em atendimento à impessoalidade (realiza concurso público, regime de contratação estabelecido em lei) e transparência (respeito à Lei de Acesso à Informação e de Improbidade, bem como procedimento eletrônico público e de amplo acesso), de cujo cumprimento e execução possuem maior conhecimento e *expertise*, a imprimir, portanto, maior concretude ao chamado regime administrativo mínimo<sup>59</sup>. Mas para além de consagrar as garantias do regime administrativo

---

<sup>59</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Parecer exarado em resposta a consulta formulada pela Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico em Saúde – FIOTEC, em 2006, sobre fundações governamentais de direito privado, in *Fundações estatais: estudos e parecer*. Organizadora: Lenir Santos. Campinas, SP: Saberes Editora, 2009, p. 265-266 e 273-274: “*Importante destacar algo que acaba de ser dito: a Constituição - à semelhança do Decreto-lei nº 200, de 1967, em sua redação atual - admite a existência de fundações governamentais privadas e estabelece para elas um regime administrativo mínimo, equivalente ao das empresas estatais, que tem de ser observado. (...) em geral, as normas previstas para as fundações governamentais privadas são semelhantes às que regem as empresas públicas e sociedades de economia mista (...). Portanto, resulta a conclusão de que são aplicáveis às fundações governamentais em geral (públicas e privadas), entre outras, as seguintes normas de índole constitucional: a) segundo o art. 37, XIX, as fundações governamentais ou são criadas por lei (caso das públicas) ou têm sua criação autorizada por lei (caso das governamentais privadas), valendo o mesmo para sua extinção, em vista do princípio do paralelismo das formas; b) as fundações governamentais sujeitam-se à licitação (art. 22, XXVII); c) estão sujeitas à fiscalização contábil orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas (art. 71, II); d) a admissão de seus servidores depende de concurso público (art. 37, II); e) esses atos de admissão estão sujeitos a registro pelo Tribunal de*

mínimo, é preciso concretizar, na prática efetiva, a autonomia orçamentária e o regime de direito privado na gestão de pessoal.

Dito isto, é preciso superar as deformações citadas mais acima.

Uma primeira ordem de conformação parte de um entendimento conjunto entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo na tramitação da lei orçamentária anual, conforme art. 166, da CRFB/88. Assim sendo, no momento da apresentação do Projeto de Lei, o Poder Executivo deve excluir do orçamento da seguridade social a fundação governamental de direito privado, não devendo corresponder a uma Unidade Orçamentária, passando a ser percebida como uma verba alocada para a prestação de serviço.

Quais são os benefícios disso? A verba classificada como de prestação de serviço não se confunde como uma verba de repasse orçamentário para fins de dependência<sup>60</sup> orçamentária e, conseqüentemente, de cômputo como despesa de pessoal, para os fins da Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim sendo, afirma-se a autossustentabilidade da fundação, seu caráter contraprestacional no bojo do contrato estatal e a inexistência de comprometimento do orçamento em termos de pessoal. A fundação é, portanto, não dependente. Nos ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão<sup>61</sup>:

“Para a Constituição prever uma entidade específica chamada Fundação, ela tem que ter características e regime jurídico específicos. Se não vai ser só o nome, e, no Direito, como se sabe, o que menos importa é o nome. O que dá a natureza jurídica é o regime jurídico, e não o nome. Então, se a Lei Complementar em questão for editada apenas para dizer que a Fundação Pública é de direito privado, não terá ido muito longe, se a isso não corresponder um efetivo regime jurídico de Direito Privado, o que, para a jurisprudência atual, significa não depender o Estado. (...)

Podem-se, por exemplo, caracterizar as Fundações Públicas de forma semelhante à que têm no Direito Privado, ou seja, como um patrimônio independente e autossustentável.

Como se daria essa autossustentabilidade? Em áreas em que o Estado tem obrigação de prestação gratuita dos serviços, a autossustentabilidade não pode ser extraída diretamente do usuário. Não se pode cobrar tarifa de quem for usar o SUS, por exemplo. (...)

Então, podemos colocar uma ideia em debate. Seria caracterizar, na Lei Complementar, como âmbito de atuação das Fundações Públicas, a prestação de serviços ao Estado. Quem tem que fornecer saúde pública é o Estado. Ele é constitucionalmente a pessoa jurídica responsável por isso. Ele pode contratar outras pessoas jurídicas para isso. Se ele pode contratar pessoas jurídicas da iniciativa privada, como ele faz através dos chamados convênios, que na verdade são

---

*Contas (art. 71, III); f) o posto em fundação governamental não pode ser acumulado com outro cargo, função ou emprego na Administração Direta ou Indireta (art. 37, XVIII, com as exceções previstas no art. 37, XVI)”.*

<sup>60</sup> Art. 2º, III, da LC nº 101/00: “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;”.

<sup>61</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Fundações Públicas de direito privado*. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, 2008, n. 247, jan./abr. 2008.

credenciamentos, contratos de adesão uniformizados. por que ele não poderia contratar uma entidade pública? Então, nós caracterizaríamos a Fundação como uma prestadora de serviços ao Estado, não diretamente ao Estado, mas para os usuários com os quais o Estado tem obrigação. Estaríamos dentro de um conceito que se tem de parceria público-público. (...) O Estado paga a empresa para ela prestar serviços públicos às pessoas sem a contraprestação em tarifa. O Estado paga essa tarifa. Esse modelo tem sido muito utilizado, por exemplo, na área de saúde em alguns países, em que se fazem concessões de hospitais para a iniciativa privada, e o Estado remunera a empresa concessionária por isso. No Brasil isso é possível através da Lei das PPPs. Assim, se o Estado pode e já faz contratos para entidades da iniciativa privada prestarem serviços gratuitos à população, por que ele não poderia fazer o mesmo contrato com uma entidade pública, mas de Direito Privado? Com isso descaracterizada estaria a Fundação como dependente do Estado. Ela estaria fornecendo ao Estado (e também a outras entidades) uma prestação e recebendo em troca um pagamento.”

Além da própria conceituação doutrinária, podemos fazer alusão ao art. 47, da LRF, segundo o qual: “*A empresa controlada que firmar contrato de gestão em que se estabeleçam objetivos e metas de desempenho, na forma da lei, disporá de autonomia gerencial, orçamentária e financeira, sem prejuízo do disposto no inciso II do § 5º do art. 165 da Constituição.*”.

Uma segunda ordem de conformação reside na autonomia gerencial para contratações públicas. É preciso conceder efetivamente autonomia às fundações estatais de direito privado, de modo que, com o advento da nova Lei Geral de Licitações, que deixou silente a possibilidade, continue sendo possível a elaboração de um regulamento de compras simplificado<sup>62</sup>. Isso implica, forçosamente, que se discuta o grau de incidência dos decretos oriundos do Poder Executivos que criam mais exigências formais incidentes sobre os procedimentos de compras<sup>63</sup>, isto é, se decretos que veiculam obrigações nas contratações ferem (ou não) a autonomia gerencial das fundações. Um procedimento de contratação adequado não pode se traduzir em meses de tramitação para que possa ser regular. Afinal, o bem aqui tutelado é a vida. Um parêntese aqui é relativo à dificuldade prática de se flexibilizar procedimentos de aquisições. Isso porque os incentivos do controlador (interno ou externo), em termos de remuneração e baixos riscos, são maiores, o que atrai pessoas cada vez mais qualificadas para

---

<sup>62</sup> Por isso que concordamos com a ressalva feita pelo Marçal Justen Filho em recente artigo publicado no Jota, “*A interpretação da futura Lei de Licitações. A nova legislação é uma colcha de retalhos*”, segundo o qual haverá muitas dificuldades de se interpretar a nova Lei de licitações sem consultar a legislação anterior, como advertido em artigo publicado por Egon Bockmann Moreira, em “*A futura Lei de Licitações: o desafio de sua interpretação autônoma*”. Disponíveis em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/lei-de-licitacoes-direito-publicistas-02032021>> e <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/lei-de-licitacoes-publicistas-23022021>>. Acesso em 15/03/2021.

<sup>63</sup> Neste sentido, uma discussão interessante perpassa aquela travada na ADI nº 2601, que discute a constitucionalidade do Decreto Federal nº 3.995 que, revestido de uma finalidade organização da Administração Pública ao delimitar que as atribuições do presidente, diretores e do colegiado da CVM, acaba por alterar conteúdo da Lei nº 6.385/76, que remete a seu próprio regimento.

criar regras ou apontar erros e cada vez menos qualificadas para se responsabilizar pela sua escorregia execução (*falta skin in the game*, como diria Nassim Taleb<sup>64</sup>).

Uma terceira ordem de conformação deve permitir que as fundações públicas de direito privado tenham maior maleabilidade na criação de empregos e reajustes salarial. A ideia é permitir que os profissionais da área de saúde recebam salários de mercado – *competindo com aquele oferecido por Organizações Sociais* – e sejam remunerados de acordo com sua produtividade, noutros termos, aquele que se dedicar mais ao serviço público perceberá uma remuneração mais adequada. E isso não parece nem impraticável, nem à margem do direito ou das necessidades de equilíbrio fiscal sustentável.

Nesta dianteira, a ampliação e valorização do quadro de pessoal, por ato próprio, nos parece o melhor caminho. *A uma*, porque é assente na doutrina e na jurisprudência a desnecessidade de lei autorizativa para criação de empregos em entidades da Administração Indireta de direito privado. *A duas*, porque não são os empregados públicos que irão comprometer o orçamento, a sustentabilidade fiscal e as gerações futuras, muito pelo contrário.

Explica-se: ao contrário do que ocorre com os cargos públicos da administração direta, autarquias e fundações de direito público – cuja criação depende de lei específica –, os empregos públicos de pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública podem ser criados por meio de atos próprios. Note-se que, diante da redação do inciso II, do § 1º, do artigo 169, da CRFB, resta claro que quando o art. 48, inciso X, estabelece que o Congresso Nacional (nas Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, por simetria) deverá dispor sobre a criação de empregos (em fundações públicas de direito privado), está se referindo à aprovação da despesa na Lei de Diretrizes Orçamentárias e não à criação dos empregos por meio de lei específica. Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagano de Souza:

“Aliás, há justamente o contrário: a Constituição da República, bem se vê, exige lei apenas para os postos da administração direta e das entidades de direito público, de tal sorte que o seu silêncio, quanto às demais situações, é eloquente, isto é, tem o propósito deliberado de excluí-las da exigência ali consubstanciada. Quisesse exigir lei para a criação de postos nessas empresas, ela as teria referido no dispositivo em apreço; se não o fez foi porque teve o deliberado intento de não submetê-las a esta exigência (por impertinente que isto seria, como se verá logo adiante). Lembre-se, ademais, de que estas empresas sequer são criadas pela lei, mas têm a sua criação,

---

<sup>64</sup> TALEB, Nassim Nicholas. *Arriscando a própria pele: Assimetrias ocultas no cotidiano*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2018. O autor, em que pese retratar a realidade americana, tece severas críticas ao modelo em que o burocrata, que não arrisca a própria pele, não conhece a ponta, são os mesmos que definem como o executor deve agir, sob pena de responsabilidade. A crítica pode ser formulada ao Poder Judiciário, quando determina contratações em dias, sem assinar qualquer ordem de despesas ou termo de referência, ou ao assessor jurídico, quando aponta os vícios, mas não traz o fundamento legal vilipendiado ou uma solução alternativa. Patologia esta que tentou ser driblada no art. 52, §1º, do Projeto de Lei nº 4253, de 2020.

simplesmente, autorizada pela lei (conforme estabelece o art.37, XIX e XX, da Constituição Federal). Havendo lei autorizativa, as empresas estatais são criadas por atos infralegais. Trata-se de mais um indício do quão insensata seria a suposição de que todo o seu quadro de pessoal teria que ser criado e perfeitamente discriminado pela lei. (...)

Quando o art. 37, II, da Constituição da República exige que os postos acessíveis sem concurso sejam tidos pela lei como de livre nomeação e exoneração – aí vem a consequência que não pode ser ignorada, esta referência só pode ser interpretada de uma maneira: a exigência de lei reporta-se aos postos da Administração direta e das entidades de direito público da Administração indireta; não se reporta, de maneira alguma, aos postos das empresas estatais ou de suas subsidiárias.”<sup>65</sup> <sup>66</sup>

O racional não pode ser outro: considerando que os serviços públicos de saúde são dever constitucional do Estado (isto é, são de prestação obrigatória), e que devem ser acessíveis a todos de forma gratuita (isto é, não geram receita), a contratualização dos serviços de saúde, se pode ser feita com entidades privadas (parceria público-privada), também há de poder ser feita com entidades públicas de direito privado (parceria público-público)<sup>67</sup>.

Por isso, eventual contratação de empregado – *não estatutário*<sup>68</sup> – para fins de

---

<sup>65</sup> SUNFELED. Carlo Ari e DE SOUZA Rodrigo Pagani. *As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão*. Artigo disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/lojindex.php/ldalarticle/viewFile/42539141306>> p. 38/39.

<sup>66</sup> O TST, em decisões mais recentes sobre o tema, também entendeu pela desnecessidade de lei para a criação de empregos em comissão nas empresas estatais, bastando para tanto um ato normativo interno da empresa.

“Ora, se há na Carta de 1988 previsão de existência de cargos públicos comissionados para a Administração direta e autárquica (ambiente em que a atuação do Estado não requer o dinamismo caracteriza o regime de competitividade e de livre concorrência ao qual submetidas as empresas privadas e as estatais), e se se depreende do texto constitucional a desnecessidade de edição de lei para preenchimento dos empregos públicos nos entes empresariais do Estado, é de se concluir, sobretudo à luz do art. 173, § 1º, II, da CF, que é possível a criação de empregos públicos comissionados sem a instauração de processo legislativo. Não parece razoável supor que a Constituição Federal, ao silenciar sobre os requisitos para a criação de empregos públicos comissionados, tenha desautorizado a atuação mais flexível das sociedades empresárias do Estado ou que, no máximo, tenha permitido a adoção do regime mais austero aplicável à Administração direta e autárquica (com a igual exigência de lei para criação de postos de trabalho para funções de chefia, assessoramento e direção). Tal interpretação do art. 61, § 1º, II, “a”, não é compatível com a norma inserta no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal. Portanto, não se exige lei para a criação de empregos públicos comissionados, bastando que tais postos de trabalho sejam destinados às funções de chefia, direção e assessoramento (tal como disposto no inciso V do art. 37 da Constituição Federal) e que sejam criados mediante ato normativo interno regularmente editado. (...)

Portanto, não demonstrada qualquer ilicitude na conduta administrativa da Ré, impositivo o reconhecimento de que o acórdão regional viola o disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal. Cabe registrar, por oportuno, que a conclusão externada não confere à empresa Ré verdadeira “carta branca” para manter empregados comissionados fora das hipóteses referidas no art. 37, V, da CF e em desobediência aos postulados da eficiência, da proporcionalidade e da moralidade, situações que podem ensejar inclusive o ajuizamento de novas ações voltadas à defesa do interesse e do patrimônio públicos (Leis 4.717/75, 7.347/85 e 8.429/92). Recurso de revista conhecido e provido.” AIRR-567-67.2013.5.10.0003, Ministro Relator: Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, Data de julgamento: 17/02/2016, Data da publicação: DEJT: 26/02/2016.

<sup>67</sup> Consoante apontado na exposição de motivos do projeto de lei nº 1014/2007, que originou a Lei nº 5.164/2007. Disponível em <http://alerj.ln1.alerj.rj.gov.br/scpro0711.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/867f2f22923e7a158325737d0070ba15?OpenDocument&Highlight=0,1014> Acesso em 16.10.2020

<sup>68</sup> Em âmbito doutrinário, Maria Sylvania Zanella di Pietro já afirmava que: “*Como o dispositivo comentado somente faz referência à administração direta, autarquias e fundações públicas, não foram beneficiados os servidores das empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia e outras entidades sob controle direto ou indireto das entidades políticas), nem os servidores das fundações com personalidade de direito privado. Embora o dispositivo fale em fundações públicas, entende-se que a referência é às fundações instituídas com personalidade*

gestão de uma unidade de saúde estará vinculada ao contrato estatal de prestação de serviços (e eventuais prorrogações ou renovações) celebrado com o Estado, para a gestão, administração e operacionalização das unidades de saúde. Se o Poder Público optar por retirar uma unidade de saúde da gestão de sua Fundação, este o fará *rescindindo* o contrato estatal de prestação de serviço ou *redimensionando-o*, de modo que eventual demissão de empregados se dará sempre motivadamente<sup>69</sup>, devido ao encerramento da relação formal que justificou a sua contratação. A preocupação deve tão somente se ater à previsão, no instrumento contratual celebrado com a fundação – dentro de um típico mecanismo de *regulação por contrato*<sup>70</sup> - a, de antemão, prever os critérios objetivos para dispensa na hipótese de ocorrer um redimensionamento de recursos humanos da unidade. Neste sentido, podem ser estabelecidos critérios de desempenho profissional, de antiguidade ou de merecimento, conforme especialidade da unidade de saúde e profissão exercida. Critérios estes essenciais para, da mesma sorte, promover a profissionalização da mão de obra e criar virtuosos incentivos para a gestão de pessoas. O espaço é instrumento adequada para a chamada *regulação por contrato*, visando a implementar

---

*de direito público, excluídas as instituídas como pessoas jurídicas de direito privado. Essa conclusão impõe-se pelo fato de que o artigo 39 da Constituição, na redação original, previu a instituição de regime jurídico único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas, o que se justifica exatamente pelo ponto comum entre todos esses servidores: o vínculo funcional estabelecido com pessoas jurídicas de direito público. É para essas entidades que se justifica o regime estatutário; para as entidades integrantes da administração indireta, com personalidade de direito privado, não se justifica a aplicação do regime estatutário, até porque elas nem mesmo dispõem de cargos públicos e sim de empregos públicos. A consequência lógica é a concessão de estabilidade aos servidores não concursados integrantes apenas das entidades públicas, como é o caso das autarquias e fundações com personalidade de direito público”.*

<sup>69</sup> Veja-se que essa já é uma preocupação do STF no caso das estatais em atuação exclusiva, no RE 589998 ED/PI: “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DE EMPREGADOS DA ECT. ESCLARECIMENTOS ACERCA DO ALCANCE DA REPERCUSSÃO GERAL. ADERÊNCIA AOS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO EXAMINADO.

1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos.

2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/1973 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, a tese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento.

3. A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese.

4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório.

5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados.”

<sup>70</sup> GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências*. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 3, n. 5. Mar./Ago. 2014. p. 64.

os mecanismos de gestão moderna do qual o setor privado já se vale há tempos.

A forma de contratação e vinculação com a Administração, reforça-se, não se confundem com o regime estatutário, pelo que, neste caso, não há estabilidade do empregado a comprometer os recursos para além da geração presente<sup>71</sup>. Isso, principalmente diante do dever constitucional do Estado de executar ações e serviços públicos de saúde e carrear um mínimo constitucional da sua arrecadação para tal finalidade. Ainda, o empregado público – o empregado privado de uma fundação governamental<sup>72</sup> – (assim como o empregado de uma Organização Social) tem seu vínculo previdenciário firmado com o Regime Geral de Previdência Social, a rechaçar qualquer impacto com o Regime Próprio Estadual.

Nos ensinamentos de Marçal Justen Filho ensina:

A expressão empregado público deve ser utilizada para abranger categorias subordinadas a regime jurídico significativamente diverso. Existem os agentes estatais subordinados a regime de emprego público que atuam no âmbito da Administração direta e indireta autárquica. E há os agentes estatais que desempenham sua atividade perante entidades da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O regime jurídico dos empregados públicos vinculados a pessoas estatais com personalidade de direito público é diverso daquele aplicável quando o empregador tem personalidade de direito privado. Logo, reserva-se a expressão emprego público apenas para as relações jurídicas estabelecidas no âmbito das pessoas jurídicas de direito público. No tocante às relações empregatícias na Administração indireta de direito privado, melhor é utilizar a expressão emprego privado em empresa estatal.

Assim sendo, a contratação de empregados, no bojo do contrato estatal de prestação de serviço, não tem o condão de representar impacto intergeracional ou descompasso de sustentabilidade econômico-financeira a prejudicar as futuras gerações. Tampouco são despesas que não possam ser reduzidas por simples decisão administrativa, ao contrário do que ocorre com os servidores tipicamente estatutários. Em verdade, as presentes e futuras gerações serão positivamente afetadas com profissionais de saúde mais qualificados e unidades de saúde de maior qualidade.

Reforça-se a ideia aqui: a pretexto de salvaguardar o equilíbrio fiscal e a contenção de gastos, cai-se no que o economista Eduardo Gianetti<sup>73</sup> qualificou de *hipermiopia temporal*, que, por atribuir um valor excessivo ao amanhã, prejudica em demasia as demandas e interesses atuais e correntes por saúde. No caso, ressalva-se, isso se daria sem conferir verdadeira economia. Isso porque a saúde tem a sua lei de mercado própria: quanto melhor for a unidade,

---

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1032-1033.

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 1032-1033.

<sup>73</sup> Gianetti da Fonseca, Eduardo. *O valor do Amanhã: ensaio sobre a natureza dos juros*. São Paulo: Companhia das Letras. 2005.

mais pessoas irão buscar atendimento. O incremento em qualidade para a geração atual resvala para gerações futuras, que contarão com tradicionais unidades públicas de referência e excelência, na qual poderão ser atendidos. O abandono, descaso e desabastecimento, hoje, dificilmente se tornará uma fonte de economia para a geração futura, pelo que recuperar uma unidade sucateada com escassez de recursos é uma missão bem mais difícil.

Contudo, persiste uma interpretação literal dos incisos do art. 8º, da LC nº 159/17, porquanto, mesmo dentro dos gastos obrigatórios, a economia demonstrada pela contratação direta de pessoas ao invés de terceirização de serviços ainda não representa argumento de economia fiscal<sup>74</sup>. Isso, ao que parece, mesmo que o empregado não entre, em tese, nos limites de gasto com pessoal.

Sem as necessárias adaptações práticas, substituir o modelo das Organizações Sociais de Saúde pela Fundação Saúde parece, no mínimo, irrealizável, e ensejará a adoção de nova estratégia política pelo Governo. Veremos qual.

#### **4. Conclusão.**

Por todo o exposto, em que pese a falta de otimismo, tentou-se aqui discutir o novo (velho) modelo de gestão de saúde sugerido pelo Governo do Estado em resposta à revogação da Lei das Organizações Sociais de Saúde. Como remédio às amarras formais da Administração Direta, e de modo a trazer uma resposta no combate às irregularidades constatadas na contratualização de entidades do Terceiro Setor – que nunca veio acompanhada de mecanismos efetivos de fiscalização –, sem, em contrapartida, comprometer as finanças públicas, a celebração de contrato estatal de prestação de serviços com fundações governamentais de direito privado tem sido uma tendência constatada em diversos entes da Federação. A título de exemplo, cita-se a Fundação Saúde, no Estado do Rio de Janeiro, a Fundação iNova Capixaba, no Espírito Santo, a Fundação, no Município de Niterói. Neste sentido, tramita um Projeto de Lei Complementar n 92/2007 para uniformizar o tema no âmbito Federal.

A tendência, no entanto, deve ser acompanhada de uma ordem de conformação para compreender as implicações práticas de um modelo contraprestacional com as fundações, o que envolve uma mudança na cultura e na rotina das três funções do Poder e dos órgãos de controle.

Primeiro, os recursos financeiros recebidos pela Fundação Saúde devem ser

---

<sup>74</sup> Conforme se depreende do OFÍCIO SEI Nº 257495/2020/ME.

classificados como repasses pela prestação de serviços, e não verbas recebidas diretamente do orçamento público estadual. Nestes moldes, as fundações públicas de direito privado se caracterizam como entidades autossustentável e não devem figurar como unidade orçamentária para fins de prestação de serviço por intermédio do contrato estatal celebrado com o Poder Público. A sistemática de transferência de recursos deve, portanto, passar a seguir os parâmetros das legislações que autorizam sua criação e consagram autonomia orçamentária, financeira e administrativa.

Segundo, o regime de contratação deve ser simplificado, interpretando-se a nova lei de licitação com a possibilidade de adoção de regulamento próprio de contratação, a despeito de previsão normativa expressa. Ainda, os ritos estabelecidos por decreto que prejudicam a celeridade na tramitação dos procedimentos só devem ser aplicados à Administração Direta, Autárquica e Funcional – entendida a expressão como abarcando fundações públicas de direito público.

Terceiro, o empregado contratado para fins de prestação de serviços de saúde incluídos no escopo do contrato estatal deve ser compreendido como empregado privado em fundação governamental. O empregado é contratado para fins de execução do contrato e, portanto, a este se vincula (à diferença do contratado na sede administrativa), de modo que eventual rescisão do contrato ou redimensionamento será a motivação para a dispensa do profissional. Nesta dianteira, o contrato estatal e seu termo de referência representam arranjos adequados para a implantação de medidas de gestão de pessoal, com a definição de critérios de pontuação, capacitação e remuneração por desempenho, a consubstanciar verdadeiro instrumento de *regulação por contrato*. A tutela do serviço, é dizer, acontece pela delimitação e dimensionamento de política pública, devidamente planejada, na área social.

Nesta linha, é preciso reforçar que, em que pese formalmente vinculados à Administração Indireta e admitido por concurso, esses empregados não têm pretensão de efetividade ou estabilidade – característica própria ao estatuto dos servidores. Desta arte, não impactam na sustentabilidade fiscal ou no equilíbrio atuarial (ou, ao menos, não mais do que se fosse empregados pelo segundo ou terceiro setor, exclusivamente privado), mas tão somente consagram o dever constitucional de prestação de ações e serviços de saúde dentro do patamar mínimo de arrecadação (art. 198, §2º, II, da CRBF/88 c/c LC 141/12). Além disso, a contratação de pessoa física é capaz de representar grande economia, em termos de isenções e imunidades tributária (pela imunidade recíproca e se a fundação possuir CEBAS), como também em custos de transação. Não se deve incorrer em *hipermiopia temporal*, ao atribuir um valor excessivo ao

amanhã, prejudicando em demasia as demandas e interesses atuais e correntes por saúde.

Em razão disso, a contratação de pessoal, pela flexibilidade do regime atrelada à regulação por contrato estatal e a sua exclusão da Lei de Responsabilidade Fiscal (ou da compreensão de “empregado público” preconizado pela Lei de Regime de Recuperação Fiscal) já consubstancia modalidade adequada a ser explorada e aperfeiçoada no âmbito social, enquanto se aguarda a famigerada reforma administrativa. Da mesma forma, a alteração do texto sem o acompanhamento de flexibilização dos mecanismos de promoção, demissão ou remuneração, por exemplo, não suprirá as carências de profissionalização da qual padecemos hoje. E é assim que se deve encarar a necessidade de gastar o que pode e, além disso, gastar bem.

## **Referências.**

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição, 2005.

ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de; AMBONI, Nério. *Teoria Geral da Administração: Das origens às perspectivas contemporâneas*. São Paulo. 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das Finanças*. 15ª edição, 1998.

BECK, Martha. *Incentivo fiscal, receita pouco eficiente na América Latina*, O Globo, 03/05/2009.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. *O Direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na Ordem Econômica*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Número 10 – maio/junh/julho 2007 – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1861.

CERVANTES, Caravantes, R; PANNO, Cláudia C., KLOECKNER, Mônica C. *Administração: teoria e processos*. São Paulo: Prentice Hall Brasil, 2005.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FUKUYAMA, Francis. *As origens da ordem política: Dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa*. Ed. Dom Quixote. 2018.

GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências*. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 3, n. 5. Mar./Ago. 2014.

GIAMBIAGI, Fábio, FERREIRA, Sérgio Guimarães, AMBRÓZIO, Antônio Marcos Hoelz e outros. *Reforma do Estado Brasileiro: transformando a atuação do governo*. 1ª ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

GIANETTI DA FONSECA, Eduardo. *O valor do Amanhã: ensaio sobre a natureza dos juros*. São Paulo: Companhia das Letras. 2005.

GOMES, Fábio Guedes. “*Conflito Social e o Welfare State: Estado e desenvolvimento social no Brasil*”. Rev. Adm. Pública, Mar./Abr. 2006, vol.40, no.2, ISSN 0034-7612.

MATOS, Frederico Nunes de Matos. *Fundações Públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob o regime de direito privado*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270-242, set./dez. 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINB: *indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018, pp

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação Pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado*. R. Art. Minist. Dist. Fed. Terit. Brasília, n.4, p.97-128, 2010.

SIQUEIRA, Vanessa H. P. *A rigidez orçamentária e a perda de discricionariedade do chefe do poder executivo: uma realidade?* 1. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TALEB, Nassim Nicholas. *Arriscando a própria pele: Assimetrias ocultas no cotidiano*. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2018.

WALINE, Jean. *Droit Public, Science Politique. Droit Administratif*. Précis Dalloz. Éditions Dalloz. 25ème édition. 2014.

Recebido em: 31/03/2021  
1º Parecer em: 07/04/2021  
2º Parecer em: 05/04/2021