

PODER JUDICIÁRIO

-----RS-----

JLD

Nº 70046726287 (Nº CNJ: 0605422-14.2011.8.21.7000)

2011/Cível

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N.º 11.062, DE 6 DE ABRIL DE 2011, DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, QUE AUTORIZA O EXECUTIVO MUNICIPAL A INSTITUIR FUNDAÇÃO - INSTITUTO MUNICIPAL DE ESTRATÉGIA DE SAÚDE DA FAMÍLIA ?IMESF ?.

LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. De ser extinto o processo sem resolução do mérito em relação aos proponentes cujos interesses descritos nos estatutos não apresentam relação de pertinência com o objeto da norma controvertida. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. O Tribunal de Justiça do Estado é competente para julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual.

INSTITUIÇÃO DE FUNDAÇÃO. ATUAÇÃO EXCLUSIVA NO ÂMBITO DA ESTRATÉGIA DE SAÚDE DA FAMÍLIA DE PORTO ALEGRE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. É necessária lei complementar que defina as áreas em que as fundações instituídas pelo Poder Público podem atuar. A lei complementar deve preceder a lei que autoriza a instituição de fundação. Inteligência do inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998.

Preliminar de ilegitimidade ativa, por maioria, parcialmente acolhida. À unanimidade, rejeitaram as demais preliminares. No mérito, por maioria, julgaram procedente a ação.

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Órgão Especial

Nº 70046726287

Comarca de Porto Alegre

ASSOCIACAO BRASILEIRA EM DEFESA DOS USUARIOS DE SISTEMA DE SAUDE E OUTROS

PROPONENTE

MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE

REQUERIDO

CAMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE

REQUERIDO

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

INTERESSADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em acolher em parte a preliminar de ilegitimidade ativa, vencido o Desembargador Rui Portanova e, à unanimidade, em repelir as demais preliminares. No mérito, por maioria, em julgar procedente o pedido, vencido o Desembargador Luís Augusto Coelho Braga. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DESEMBARGADORES Guinther Spode (Presidente), Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Arminio José Abreu Lima da Rosa, Gaspar Marques Batista, Arno Werlang, Vicente Barroco de Vasconcellos, Newton Brasil de Leão, Rui Portanova, Jaime Piterman, Ivan Leomar Bruxel, Luiz Felipe Brasil Santos, Orlando Heemann Júnior, Alexandre Mussoi Moreira, Luís Augusto Coelho Braga, André Luiz Planella Villarinho, Carlos Cini Marchionatti, Carlos Eduardo Zietlow Duro, Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Glênio José Wasserstein Hekman, Tasso Caubi Soares Delabary, Jorge Luiz Lopes do Canto, Túlio de Oliveira Martins e Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, 17 de junho de 2013.

DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL,

Relator.

RELATÓRIO

Des. Jorge Luís Dall'Agnol (RELATOR)

A Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistemas de Saúde ? ABRASUS - e outros ingressaram com ação direta de inconstitucionalidade objetivando a retirada, do ordenamento jurídico, da Lei Municipal n.º 11.062, de 06 de abril de 2011, do Município de Porto Alegre, que autoriza o Executivo Municipal a instituir, conforme determina, o Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), revoga a Lei n.º 10.861, de 22 de março de 2010, e dá outras providências, por ofensa ao disposto nos artigos 8º, caput, 19, 21, §§ 2º, 30 e 241 da Constituição Estadual e artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal.

Os proponentes sustentam a legitimidade ativa para ingressar com o presente pedido. Afirmam que a Lei Municipal n.º 11.062/2011, versando sobre a criação de fundação pública com personalidade jurídica de direito privado, voltada à gestão e à execução de serviços de atenção básica à saúde familiar, não pode ser acolhida, visto que afronta as disposições constitucionais. Referem que não há lei complementar federal dispondo sobre as áreas de atuação das fundações (artigo 8º, caput, da Constituição Estadual, combinado com o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal). Asseveram que não é possível conceder personalidade jurídica de direito privado a uma entidade que atuará na prestação de serviço essencialmente público e que apenas de forma complementar pode ser prestado por pessoa jurídica de direito privado (artigo 21, § 2º, da CE). Manifestam que é impossível adotar regime celetista para admissão de pessoal, já que, sendo entidade de direito público, o regime de pessoal deve ser o estatutário, com quadro de servidores estáveis (artigo 30 da Constituição Estadual). Aduzem que há contrariedade ao princípio da moralidade administrativa (artigo 19 da Constituição Estadual), já que a criação da fundação visa gerar mecanismos para driblar a necessidade de contratação de pessoal sob regime estatutário, isentando o Município de cumprir determinações constantes em Termo de Ajustamento de Conduta, inclusive o projeto de lei encaminhado recebeu manifestações desfavoráveis da Procuradoria da Câmara Municipal de Vereadores e do Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre. Relatam que, no caso de entender que a fundação é de direito privado, há afronta ao princípio da complementaridade da participação privada na assistência à saúde (artigo 241 da Constituição Estadual), porquanto a prestação de serviço de saúde é dever do Município, não podendo ser transferida de forma integral a entidade de direito privado, que deve participar do sistema de saúde de forma complementar e não exclusiva. Concluem que o Município de Porto Alegre, com a edição da Lei n. 11.062/11, transferiu a atividade de sua competência, prestação de serviço de saúde, a terceiros, pessoa jurídica de direito privado, violando as normas constitucionais. Postulam, por fim, a concessão de medida liminar, para sustar os efeitos da norma objurgada até o final julgamento da ação, e a procedência integral do pedido, declarando a inconstitucionalidade da Lei n.º 11.062/2011 ou, sucessivamente, dos seus artigos 1º e 21 (fls. 02-35 e documentos às fls. 36-607).

A liminar pleiteada foi deferida para determinar a suspensão da eficácia da Lei n. 11.062/11 até o julgamento final da ação (fls. 618-620v.). Interposto agravo regimental, foi recebido como pedido de reconsideração para cassar a liminar (certidão da fl. 632). Na sequência, foi interposto novo agravo regimental (certidão da fl. 934).

O Município de Porto Alegre, notificado, presta suas informações, aduzindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa dos proponentes, sob fundamento de que as associações não são entidades de defesa dos direitos humanos ou dos consumidores, representando um interesse

puramente corporativo; as centrais de trabalhadores não possuem legitimidade, como já decidiu o STF; e as entidades sindicais referidas na inicial não possuem legitimidade porque suas finalidades descritas no estatuto não guardam pertinência temática com a matéria em debate. No mérito, narra a evolução histórica da implantação da Estratégia de Saúde da Família no âmbito municipal, sustentando a correção e adequação jurídica da criação de uma fundação pública com personalidade jurídica de direito privado para atuar na área da saúde, não havendo qualquer violação ao princípio da complementaridade, visto que o Município de Porto Alegre não pretende se desincumbir das competências constitucionalmente a ele atribuídas, mas, apenas, descentralizar a execução dos serviços a uma entidade que integra a Administração Indireta e que atuará, unicamente, na execução da Estratégia de Saúde da Família, permanecendo a gestão do serviço de saúde a cargo da Secretaria Municipal de Saúde. Sustenta que o artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal é norma de eficácia contida, tendo aplicação plena e imediata, podendo, apenas, sofrer alguma delimitação, ou limitação posterior, pela lei complementar referida, mas não dependendo dela para produzir seus efeitos, razão pela qual não há óbice à instituição de fundações mesmo antes de sua edição; e, mesmo que se entendesse ser a norma de eficácia limitada, não se poderia admitir que a omissão legislativa constatada servisse de entrave para que a Administração Municipal implementar soluções e melhorias na área da saúde, em detrimento de um direito social garantido. Diz que o regime jurídico celetista está em perfeita consonância com os ditames constitucionais, não estando sujeita ao regime jurídico único fixado no artigo 39 da Carta Federal, não trazendo risco à prestação do serviço ou instabilidade ao empregado, bem como seus agentes respondem, perante terceiros, com base no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal e que haverá concurso público e licitação. Sustenta que o Ministério Público do Trabalho nada opôs ao modelo adotado, não havendo descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta ou de notificação expedida pelo Ministério Público. Assevera que a assistência à saúde não será prestada, de forma integral, pela fundação, que só atuará no âmbito da Estratégia de Saúde da Família, entidade pública e presidida pelo Secretário Municipal da Saúde, não estando o Município a transferir a titularidade do serviço público de saúde à entidade privada, mas, apenas, descentralizando a execução de parte dele a uma fundação estatal com personalidade jurídica de direito privado, que integra a Administração Indireta do Município, não se verificando afronta ao princípio da complementaridade. Postula a extinção do feito sem resolução do mérito, ante a ilegitimidade ativa dos proponentes, ou, alternativamente, a improcedência do pedido, pela ausência de inconstitucionalidade (fls. 635-665 e documentos às fls. 667-933v.).

Notificada a Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre, alega, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido e a incompetência do Tribunal de Justiça do Estado para apreciar a questão, porque se trata de contrariedade à Constituição Federal, artigo 37, inciso XIX, que não é reproduzida na Constituição Estadual, não sendo viável a utilização da do artigo 8º, caput, da Constituição Estadual. No mérito, sustenta a possibilidade de o Município instituir fundação pública com personalidade jurídica de direito privado e sua atuação na área da saúde, nos termos do Decreto-lei n.º 200/1967, recepcionado pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, já que o serviço continua sendo prestado pelo Poder Público, não havendo violação ao artigo 241 da Constituição Estadual. Diz que o regime jurídico adotado para a admissão de pessoal é compatível com a natureza da fundação. Requer a improcedência do pedido (fls. 937-958 e documentos às fls. 959-964).

Citado, o Procurador-Geral do Estado defende a constitucionalidade da Lei Municipal n.º 11.062/2011, referindo que a instituição de fundação de direito público sob o regime de direito privado, especialmente na área de prestação de serviços de saúde, respeita as normas constitucionais e oferece mais agilidade no atendimento à população usuária do Sistema Único de Saúde. Sustenta que, na ausência de lei complementar federal, está recepcionado o Decreto-lei n.º 200/1967, com a alteração promovida pela Lei n.º 7.596/1987, o que autoriza a criação dessas fundações, na área da saúde, pelos Estados e Municípios. Postula a improcedência do pedido (fls. 967-977).

O Ministério Público opina em acolher, em parte, da preliminar de ilegitimidade ativa, extinguindo o feito, sem resolução do mérito, em relação a todos os proponentes, com exceção da Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistemas de Saúde; em repelir as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e incompetência desta Corte; e, no mérito, em julgar improcedente o pedido.

Vêm-me conclusos, por redistribuição, para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

Des. Jorge Luís Dall'Agnol (RELATOR)

Cuida-se de ação de inconstitucionalidade objetivando a retirada do ordenamento jurídico da Lei Municipal n. 11.062, de 6 de abril de 2011, do Município de Porto Alegre, que autoriza o Executivo Municipal a instituir o Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família ? IMESF -, fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado.

I ? Da preliminar de ilegitimidade ativa.

Inicialmente, acolho em parte a preliminar de ilegitimidade ativa.

De acordo com o § 2º do artigo 95 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, são legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade:

§ 2º - Podem propor a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, ou por omissão:

I - o Governador do Estado;

II - o Procurador-Geral de Justiça;

III - o Prefeito Municipal;

IV - a Mesa da Câmara Municipal;

V - partido político com representação na Câmara de Vereadores;

VI - entidade sindical;

VII - o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - o Defensor Público-Geral do Estado;

IX - as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores legalmente constituídas;

X - associações de bairro e entidades de defesa dos interesses comunitários legalmente constituídas há mais de um ano.

A respeito da legitimidade ativa, na ação declaratória de inconstitucionalidade, o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem feito distinção entre os legitimados gerais e os particulares, exigindo desses a relação de pertinência entre o objeto da norma controvertida e o interesse do proponente.

Gilmar Ferreira Mendes (Jurisdição Constitucional, p. 138, São Paulo: Saraiva, 1998) leciona que "segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há de se exigir que o objeto da ação de inconstitucionalidade guarde "relação de pertinência" com a atividade de representação da confederação ou da entidade de classe de âmbito nacional".

No caso, apenas a Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistemas de Saúde possui legitimidade ativa para a presente ação, porquanto dentre as suas finalidades expressas no Estatuto das fls. 38-48, está previsto "auxiliar o usuário do Sistema de Saúde, por meios técnicos, jurídicos, intelectuais, organizacionais, ou outras formas permitidas em lei, a exigir e alcançar o pleno atendimento de saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal; II exigir dos gestores do Sistema Único de Saúde o integral cumprimento do art. 196 da Carta Magna; III - estudar, pesquisar e divulgar as causas dos problemas de saúde e suas possíveis soluções". E essas atribuições permite verificar a pertinência temática com a matéria discutida na presente ação, no tocante à criação de fundação pública que atuará na área da saúde.

Por outro lado, as demais entidades proponentes não possuem legitimidade ativa, porquanto não preenchem o requisito da pertinência temática, isto é, não há relação entre a norma legal discutida e os interesses típicos da classe representada.

O que se verifica em relação a Associação dos Servidores da Secretaria Municipal de Saúde (Estatuto das fls. 52-63) e a Associação dos Servidores do Grupo Hospitalar Conceição (Estatuto das fls. 68-85).

Da mesma forma em relação aos sindicatos. Estabelece o art. 8.º, III, da CF/88 que compete ao sindicato promover a defesa "dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria".

No caso, o Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul/Sindicato dos Trabalhadores em Educação (Estatuto das fls. 138-154), Sindicato dos Enfermeiros do Estado do Rio Grande do Sul (Estatuto das fls. 300-339), o Sindicato dos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul (Estatuto das fls. 344-368), o Sindicato dos Municipários de Porto Alegre (Estatuto das fls. 372-386), o Sindicato dos Servidores da Câmara Municipal de Porto Alegre (Estatuto das fls. 391-391), o Sindicato dos Servidores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (Estatuto das fls. 406-424), o Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Estatuto das fls. 431-440) e o Sindicato dos Trabalhadores Federais da Saúde, Trabalho e Previdência no Estado do Rio Grande do Sul (Estatuto das fls. 443-456) tem legitimidade para defender interesses específicos da sua categoria. Contudo, não há relação entre os fins de um sindicato de servidores e a norma que institui fundação pública voltada para gestão e execução de serviços de atenção básica à saúde familiar.

No mesmo sentido, em relação às entidades de 2º grau como a Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados (Estatuto das fls. 170-201), Federação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul (Estatuto das fls. 209-230), Federação dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico do Estado do Rio Grande do Sul (Estatuto das fls. 234-264), a Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social (Estatuto das fls. 272-291).

Por fim, a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (Estatuto das fls. 90-101) e a Central Única dos Trabalhadores do Rio Grande do Sul (Estatuto das fls. 104-127) também não possuem legitimidade, porquanto não integram na estrutura e organização sindical, como já se manifestou o egrégio Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 271 MC/DF, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 24/09/1992, Tribunal Pleno, DJ 06-09-2001 PP-00005, EMENT VOL-02042-01 PP-00127, assim ementada:

Ação direta de inconstitucionalidade. Central Única dos Trabalhadores (CUT). Falta de legitimação ativa. - Sendo que a autora constituída por pessoas jurídicas de natureza vária, e que representam categorias profissionais diversas, não se enquadra ela na expressão - entidade de classe de âmbito nacional-, a que alude o artigo 103 da Constituição, contrapondo-se às confederações sindicais, porquanto não é uma entidade que congregue os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica, e que, portanto, represente, em âmbito nacional, uma classe. - Por outro lado, não é a autora - e nem ela própria se enquadra nesta qualificação - uma confederação sindical, tipo de associação sindical de grau superior devidamente previsto em lei (C.L.T. artigos 533 e 535), o qual ocupa o cimo da hierarquia de nossa estrutura sindical e ao qual inequivocamente alude a primeira parte do inciso IX do artigo 103 da Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por falta de legitimação da autora.

Ainda que os trabalhadores, de um modo geral, possuem interesse na prestação de serviço público da saúde no Município de Porto Alegre, os objetivos estatutários das associações e sindicatos que ingressaram com a demanda não asseguram legitimidade ativa para discutir a inconstitucionalidade da lei que cria uma fundação para execução de serviço de atenção básica à saúde familiar. Esses sindicatos e associações de trabalhadores apenas possuem legitimidade para as relações trabalhistas ou administrativas que envolvam seus associados, que não é a hipótese dos autos.

Acrescento, ainda, excerto do parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Ivory Coelho Neto, exarado nos seguintes termos: ?Importante, também, ressaltar que alguns desses proponentes ? as Confederações, Federações e Centrais de Trabalhadores ? são entidades de classe assim denominadas de segundo grau, ou seja, são formadas por outras pessoas jurídicas ? associações, sindicatos -, o que as afasta ainda mais da possibilidade de ver reconhecida legitimidade para discutir a constitucionalidade da norma municipal ora impugnada, já que seus fins estatutários são ainda mais vinculados às classes e categorias funcionais e profissionais que representam, distanciando-se da temática ora em liça que envolve a prestação do serviço de saúde aos cidadãos?.

Desta forma, de ser reconhecida a ilegitimidade ativa dos proponentes, exceto a Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistemas de Saúde, ante a ausência de pertinência temática.

II ? Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e incompetência desta Corte para apreciar a questão:

Com efeito, este Tribunal de Justiça é competente para julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual. No caso, os proponentes sustentam a inconstitucionalidade da lei por ofensa aos artigos 8º, caput, 19, 21, § 2º, 30 e 241 da Constituição Estadual.

Outrossim, também reconheço a competência desta Corte para apreciar pedido de inconstitucionalidade de lei municipal em relação ao art. 37, XIX, da Constituição Federa, ante o princípio da simetria. Vejamos:

A Constituição Federal estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...].

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;

Por sua vez a Constituição Estadual prevê:

Art. 8º - O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, reger-se-á por lei orgânica e pela legislação que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

A norma constitucional prevista no inciso XIX do art. 37 da CF, portanto, é de reprodução obrigatória pela Constituição Estadual, porquanto se trata de princípios que a Administração Pública está sujeita, com observância obrigatória pelos Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A respeito, já se manifestou o e. STF, em situação análoga, no Pet 2788 AgR/RJ, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 24/10/2002, assim ementado:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEI MUNICIPAL FRENTE À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. I. - Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, no Tribunal de Justiça estadual, que tem por objeto lei municipal frente à Constituição estadual, reproduzindo esta normas de reprodução obrigatória. Cabimento do recurso extraordinário. II. - Precedentes do STF: Rcl 383/SP, Moreira Alves p/ o acórdão, "DJ" de 21.5.93; RE 190.985/SC, Néri da Silveira, Plenário; RREE 182.576/SP e 191.273/SP, Velloso, 2ª T. III. - Recurso extraordinário: efeito suspensivo: deferimento: ocorrência dos requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora. IV. - Decisão do Relator referendada pelo Plenário. Agravo não conhecido. O princípio da simetria também está consagrado nesta Corte, como se verifica no seguinte julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 2.690/1990 DE SÃO VICENTE DO SUL. PRELIMINAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARGOS EM COMISSÃO. ATRIBUIÇÕES. Lei municipal que cria cargos em comissão na Administração Municipal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Competência para o julgamento. Tribunal de Justiça. Art. 95, XII, d, da Constituição Estadual. Normas de reprodução obrigatória. Princípio da simetria. Preliminar rejeitada. [...] À UNANIMIDADE REJEITARAM AS RELIMINARES. POR MAIORIA, JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE A ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70037668530, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgado em 10/10/2011).

Portanto, o pedido é juridicamente possível e esta Corte é competente para apreciação e julgamento do pedido.

III ? Do mérito:

A Lei Municipal n.º 11.062, de 6 de abril de 2011, do Município de Porto Alegre autoriza o executivo municipal a instituir o Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), revoga a Lei n. 10.861, de 22 de março de 2010 e dá outras providências, estabelecendo:

Art. 1º Fica o Executivo Municipal autorizado a instituir fundação pública de direito privado com personalidade jurídica de direito privado, a ser denominada Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), entidade jurídica sem fins lucrativos, com atuação exclusiva no âmbito da Estratégia de Saúde da Família de Porto Alegre do Sistema Único de Saúde (SUS), de interesse coletivo e de utilidade pública, com autonomia gerencial, patrimonial, orçamentária e financeira e prazo de duração indeterminado, que integrará a Administração Indireta do Município de Porto Alegre e se sujeitará ao regime jurídico próprio das entidades privadas sem fins lucrativos e de assistência social, quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributárias e fiscais, observadas as regras desta Lei. Como sabido, a saúde é direito de todos e dever do Estado, consoante previsto no art. 241 da CE:

Art. 241 - A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único - O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, não exclui o do indivíduo, da família e de instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade.

Contudo, a execução dos serviços de saúde pode ser feita diretamente pelo Poder Público ou por terceiros. A respeito, estabelece o art. 197 da CF 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".

E o § 2º do art. 244 da CE prevê que "A lei disporá sobre a participação complementar de instituições privadas no Sistema Único de Saúde no âmbito do Estado, observadas as diretrizes estaduais".

No caso, o IMESF foi criado para exercer atividade complementar na assistência à saúde, o que podemos ver pelas atribuições arroladas na lei. Vejamos:

SEÇÃO III

DA FINALIDADE

Art. 6º O IMESF terá a finalidade exclusiva de, no âmbito da atenção primária do SUS, operar especificamente a rede integrada e articulada da Estratégia de Saúde da Família, sob a forma de promoção, prevenção e proteção da saúde coletiva e individual, e deverá, também, desenvolver atividades de ensino e pesquisa científica e tecnológica que favoreçam a melhoria e o aperfeiçoamento dessa

Estratégia, revertendo em benefício da qualidade assistencial oferecida à população.

SEÇÃO IV

DA AÇÃO ESTRATÉGICA À SAÚDE DA FAMÍLIA

Art. 7º Entende-se por Ação Estratégica à Saúde da Família, para efeitos desta Lei, a estratégia de reorientação do modelo assistencial operacionalizada mediante a implantação de equipes multiprofissionais que atuarão com ações que visem à promoção, à recuperação e à reabilitação da saúde, à prevenção de doenças e agravos frequentes e à manutenção da saúde da comunidade no âmbito do Município de Porto Alegre.

Assim, a lei autorizou instituir fundação pública de direito privado com personalidade jurídica de direito privado, com atuação exclusiva no âmbito da Estratégia de Saúde da Família.

Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Malheiros Editores, p. 109) ensina que "Saber-se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribui a titularidade de poderes públicos e não meramente o exercício deles e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo que inadequadamente nominada?". Contudo, há vício formal de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 11.062, de 6 de abril de 2011, do Município de Porto Alegre.

Isso porque a Emenda Constitucional n. 19/1998 deu nova redação ao inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal estabelecendo que "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação?".

É necessário, portanto, a edição de lei complementar que defina as áreas em que as fundações instituídas pelo Poder Público podem atuar. A lei complementar deve preceder a lei que autoriza a instituição de fundação pública ou fundação instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado.

Inclusive, tramita, no Câmara dos Deputados, Projeto de Lei Complementar n. 92/2007 que regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público.

Enquanto não editada a referida lei complementar, definindo as áreas de atuação das fundações, impera reconhecer a inconstitucionalidade formal de lei que instituiu fundação para o desempenho de atividade de interesse público, como na hipótese dos autos.

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.197-SE de leis que autorizam o Executivo a criar fundação na área de saúde, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela inconstitucionalidade formal de lei estadual que autoriza a instituição de fundação pública de direito privado antes da edição de lei complementar definindo as áreas de atuação. O parecer é da lavra da Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, que refere, in verbis:

16. De fato, o inciso XIX do art. 37 não deixa dúvidas sobre a necessidade de se ter uma lei complementar que defina as áreas em que as fundações públicas podem atuar, lei complementar esta que deve logicamente preceder o ato de autorização de criação dessas fundações.

17. Tal lei complementar deve ser federal.

18. Primeiro, porque a Constituição, quando quis remeter determinada matéria à lei complementar estadual, o fez expressamente, tal como se dá em seus arts. 25, § 3º, e 128, § 5º.

19. Segundo, porque todo o art. 37 é um conjunto de normas que disciplina a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em face de seu caráter nitidamente nacional, não é razoável concluir que a lei complementar que definirá as áreas de atuação das fundações poderá ser estadual, distrital ou municipal.

20. Em reforço a esse raciocínio, é interessante notar que todas as leis a que são remetidas determinadas matérias, no âmbito desse art. 37, são federais. É o que se dá nas hipóteses de seus incisos I, II, V, VII, VIII, IX, XVIII, XXI, §§ 3º, 4º, 5º, 7º e 8º.

21. Portanto, se o objetivo do art. 37 é estabelecer uma certa uniformidade nas questões centrais de administração pública, todas as leis que vêm cumprir tal propósito, em acréscimo às estipulações constitucionais, devem ser, logicamente, de caráter nacional.

22. Tanto assim o é que foi apresentado, para apreciação do Congresso Nacional, o projeto de lei complementar 92/2007, que estabelece as

áreas de atuação para toda e qualquer fundação instituída pelo poder público.

23. Esse dado, de resto, desqualifica o argumento de que o Decreto-lei 200 teria aptidão de cumprir o papel reservado à lei complementar do inciso XIX do art. 37 da CR. Já houvesse disciplina suficiente para a matéria, certamente não estaria em tramitação, ainda nos dias de hoje, o referido projeto de lei complementar.

24. De mais a mais, o DL 200 só conta, em seu art. 5º, IV8, com a definição do que seja fundação pública, sendo absolutamente silente quanto às atividades a que pode se dedicar.

25. Considerando, portanto, que ainda não há lei complementar federal que defina as áreas de atuação das fundações públicas, são inconstitucionais as leis estaduais que autorizam a instituição dessas fundações. Aliás, mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que a lei complementar exigida fosse estadual, permaneceria o vício de forma, uma vez que o Estado de Sergipe não editou tal norma, conforme apontado pelo requerente na peça vestibular.

Desta forma, diante da exigência de lei complementar federal para definir as áreas de atuação das fundações, reconheço vício formal de inconstitucionalidade da lei municipal desta Capital.

A respeito, já decidiu esta Corte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70041836461, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgada em 12.11.2012, assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSFORMAÇÃO DO HOSPITAL MUNICIPAL EM FUNDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. Pretensão de declaração de inconstitucionalidade de Lei Municipal que transforma hospital em fundação. Necessidade de lei complementar federal regulamentadora das atividades estatais passíveis de serem desempenhadas por fundações. Art. 37, XIX, CF. Caráter nacional da norma. À unanimidade, julgaram procedente a ação. No mesmo sentido, foi o entendimento deste Órgão Especial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70040394843.

Nesses termos, acolho em parte a preliminar de ilegitimidade ativa extinguindo o feito sem resolução do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC, em relação aos proponentes com exceção da Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistema de Saúde; rejeito as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e incompetência do Tribunal de Justiça deste Estado; e julgo procedente o pedido declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 11.062, de 06 de abril de 2011, do Município de Porto Alegre.

Custas na forma da lei.

DES. ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA (REVISOR) ? Senhor Presidente, acompanho o Relator, tendo em vista que essa é a posição deste Órgão em outros processos similares.

DES. JAIME PITERMAN ? Estou acompanhando o Relator.

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL ? Também com o Relator.

DES. GUINTHER SPODE (PRESIDENTE) ? Verifico, pelo sistema informatizado, que não há nenhuma manifestação de divergência em relação à proposta do eminente Relator.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA ? Eu votarei contra. Votarei pela procedência do pedido, nos termos do voto do Procurador de Justiça, pela procedência total. O Procurador deu parecer oral agora, que não constou no relatório. No relatório, constou que o Procurador emitiu parecer pela improcedência do pedido, só que, agora, tivemos o parecer do eminente Procurador pela procedência integral do pedido, acolhimento integral.

Voto nesses termos.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS ? Acompanho o eminente Relator. Pelo que compreendi, o parecer do Procurador foi pela improcedência.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA ? Então, entendi errado o parecer.

Pela improcedência, desculpe. Parecia que estava dando pela procedência. Então, é isso mesmo. Nesses termos é o meu voto.

DES. GUINTHER SPODE (PRESIDENTE) ? Acompanho o eminente Relator.

DES. ORLANDO HEEMANN JUNIOR ? Acompanho o Relator.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA ? Em termos sucintos, não creio que esse artigo da Constituição Federal, que fala numa necessidade de lei complementar, seja de eficácia contida, e sim de eficácia plena, podendo depois se adaptar a lei municipal ou a lei estadual ao que foi estabelecido na lei complementar.

Então, entendo que há desnecessidade de aguardar a lei complementar nacional. Desde 1988, está dependendo de uma lei complementar, e não vejo como impedir que o Município, nos termos do parecer do Ministério Público - que eu gostaria de depois ter cópia, para fazer parte integrante do meu voto -, se adapte, administre esse sistema de saúde, tão reclamado pela população.

E há um detalhe: foi dito até agora que haveria essa norma contida, mas não podemos esquecer que, apesar de ser uma fundação privada, com todos os direitos da fundação pública, também haverá o Tribunal de Contas para fiscalizar as contas. Quer dizer, não haverá desvio de verbas, as verbas serão as mesmas da Secretaria, com destinação específica, porque a Secretaria continuará, de forma ampla, a direcionar o trabalho dessa fundação e poderá dar uma maior eficácia ao sistema de saúde, que está tão ruim atualmente. Não vejo por que impedirmos esse avanço.

Por isso, estou julgando improcedente, nos termos do parecer oral do Ministério Público.

Quanto às preliminares, o meu voto é nos termos do voto do eminente Relator.

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI ? Estou de acordo com o Relator.

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO ? Também com o Relator.

DES. ANTÔNIO MARIA RODRIGUES DE FREITAS ISERHARD ? Acompanho o eminente Relator.

DES. GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN ? Com o Relator.

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY ? Acompanho o Relator.

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO ? De acordo com o eminente Relator, tanto quanto as preliminares suscitadas, como no que diz respeito ao mérito do pedido, pois, tratando-se o artigo 37, XIX, in fine, da Constituição Federal de norma de eficácia limitada, é imprescindível a edição de lei complementar, definindo as áreas de atuação da fundação pública, para que esta possa ser instituída. Assim, deve ser reconhecido o vício formal de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 11.062, de 06 de abril de 2011, do Município de Porto Alegre.

É o voto que submeto a apreciação dos insígnos Desembargadores que compõe este Colegiado.

DES. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS ? Acompanho o Relator.

DES.^a ISABEL DIAS ALMEIDA ? Com o Relator.

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO ? Acompanho o eminente Relator.

DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO ? Com o eminente Relator.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA ? Com o Relator.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA ? Estou acompanhando o Relator.

DES. ARNO WERLANG ? Também estou acompanhando o eminente Relator.

Lembro-me de que essa é uma matéria sobre a qual discutimos longamente em processo do Município de Sapucaia, cujo Relator, foi o Des. Carlos Rafael dos Santos.

Depois de marchas e contramarchas, depois de longa discussão, chegamos a essa mesma conclusão de hoje, seja, no sentido da inconstitucionalidade, por uma série de razões.

Por isso, vou me manter fiel a esse entendimento e acompanhar o eminente Relator.

DES. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS ? Com o Relator, no caso concreto.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO ? Com o Relator.

DES. RUI PORTANOVA ? A única questão que eu traria, só para eventualmente não julgarmos em contradição, é se, naqueles outros dois casos de Sapucaia e de Novo Hamburgo, também havia a alegação de ilegitimidade de parte. Pelo que me lembro, não havia as alegações de ilegitimidade de parte.

DES. JORGE LUÍS DALL'AGNOL (RELATOR) ? Um acórdão não foi redigido ainda, mas, em relação ao outro, essa questão não foi trazida.

DES. RUI PORTANOVA - Vou desacolher as preliminares, mas, no mérito, acompanho o Relator. O Relator está acolhendo em parte, ficaria só uma das entidades, e estou entendendo que todas as entidades têm legitimidade para intentar a ação.

DES. GUINTHER SPODE - Presidente - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70046726287, Comarca de Porto Alegre: \ "POR MAIORIA, ACOLHERAM EM PARTE A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA, VENCIDO O DESEMBARGADOR RUI PORTANOVA E, À UNANIMIDADE, REPELIRAM AS DEMAIS PRELIMINARES. NO MÉRITO, POR MAIORIA, JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO, VENCIDO O DESEMBARGADOR LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA.\ "