



MASC
Nº 70046726287
2011/CÍVEL

AÇÃO DIRETA DE ÓRGÃO ESPECIAL
INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 70046726287 COMARCA DE PORTO ALEGRE

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA EM PROponentes
DEFESA DOS USUÁRIOS DE
SISTEMA DE SAÚDE E OUTROS

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE REQUERIDO

CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE REQUERIDO

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO INTERESSADO

DECISÃO

Vistos.

1 – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistemas de Saúde – ABRASUS e outros em face da Câmara Municipal de Porto Alegre e Prefeito Municipal de Porto Alegre, em razão da edição, aprovação e promulgação da Lei Municipal nº 11.062/2011 *que autorizou a criação do Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família – IMESF, fundação pública com personalidade jurídica de direito privado, voltado à gestão e à execução de serviços de atenção básica à saúde familiar, por afronta ao disposto nos artigos 8º, caput, 19, 21, § 2º, 30 e 241, todos da Constituição Estadual.*

Ressaltam, preliminarmente, a legitimidade ativa dos proponentes havendo estreita relação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais das entidades autoras. Asseveram, ainda, a evidente legitimidade dos sindicatos



MASC
Nº 70046726287
2011/CÍVEL

na defesa das classes dos trabalhadores, nos termos do art. 95, § 2º, inciso VI, da Constituição Estadual. No mérito, aduzem a inconstitucionalidade da lei atacada em decorrência da ausência de Lei Complementar dispendo sobre as áreas de atuação das Fundações, bem como por violação ao princípio da simetria, insculpido no art. 8º, caput, da Constituição Estadual. Salientam que a Constituição Federal prevê, em seu art. 37, inciso XIX, que *somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada 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*. Ressaltam o dever de obediência dos Municípios à referida previsão legal, resultando, com a edição da lei ora atacada, na usurpação de competência, por imiscuir-se, o legislador municipal, em campo reservado à União. Esclarecem que, embora a legislação confira ao IMESF personalidade de direito privado, trata-se, em verdade, de fundação de direito público destinada à prestação de serviço essencial, de notável relevância e que apenas de forma complementar pode ser prestado por pessoa jurídica de direito privado. Sustentam ser flagrante a inconstitucionalidade, também, material da norma editada, ao submeter à fundação criada *‘o regime jurídico próprio das entidades privadas sem fins lucrativos e de assistência social, quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributários e fiscais.’* Da mesma forma, por se tratar de entidade constituída com a finalidade de prestar serviço público bifásico e essencial, existe necessidade de formação de um quadro de servidores estáveis, no intuito de assegurar a correta prestação e de evitar que mudanças políticas influenciem o bom desenvolvimento de atividades de tamanho relevo. Arrolam doutrina e jurisprudência. Sustentam, ainda, contrariedade ao princípio da moralidade disposto no art. 19, da Constituição Estadual, pois criado o instituto com a nítida intenção de driblar a necessidade de contratação de pessoal sob a regência de normas pertencentes a regime jurídico estatutário. Por derradeiro, salientam afronta

hmoc



MASC
Nº 70046726287
2011/CÍVEL

ao art. 241, da Constituição Estadual e ao princípio da complementaridade da participação privada na assistência à saúde. Requerem a concessão de medida liminar cautelar com a suspensão da eficácia, até julgamento final do feito, da Lei Municipal nº 11.062/11 na sua integralidade ou, sucessivamente, dos artigos 1º e 21, evidenciando-se o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, com a iminência da instituição do IMESF no âmbito do Município de Porto Alegre e concretização de todos os vícios ora apontados. Pugnam, ao final, pela procedência da ação com a declaração de inconstitucionalidade da mencionada Lei ou, sucessivamente, dos referidos dispositivos legais.

É o breve relatório.

2 – Com efeito, adianto que merece acolhimento o pleito liminar, evidenciando-se manifesta plausibilidade e verossimilhança nas razões expostas pelos proponentes, além do risco na demora decorrente da permissão de definitiva concretização do *Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família – IMESF*, legitimando eventuais vícios relativos a sua edição e finalidade.

Dispõe o art. 1º da impugnada Legislação:

“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 e 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



MASC
Nº 70046726287
2011/CÍVEL

entidades privadas e sem fins lucrativos e de assistência social, quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributárias e fiscais, observadas as regras desta lei.”.

Pois bem. É verdade que a própria lei que criou o IMESF qualificou-a como sendo “*dotada de personalidade jurídica de direito privado*”. Entretanto, deve prevalecer a sua real natureza, que é determinada pela destinação e vinculação dos bens a fins públicos e não a mera qualificação que possui.

Nesse sentido é o magistério de *Celso Antônio Bandeira de Mello* (Curso de Direito administrativo, 11ª ed., Malheiros Editores, p. 109):

“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 as 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.”

Dessa forma, o *Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família* é entidade de natureza pública, pois, embora dotada de personalidade jurídica de direito privado, tem como finalidade desempenhar atividades voltadas para o interesse público e de caráter essencial, com seu funcionamento custeado por recursos provenientes do erário municipal.

hmoc



MASC
Nº 70046726287
2011/CÍVEL

Assim, sendo as fundações públicas espécie do gênero autárquico, aplicam-se a elas todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias.

A propósito, dispõe o art. 21, § 2º da Constituição Estadual:

"Integram a administração indireta as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas ou mantidas pelo Estado".

"As fundações públicas ou de direito público instituídas pelo Estado são equiparadas às autarquias, regendo-se por todas as normas a esta aplicáveis".

No mesmo passo, ainda em exame preliminar, constata-se a previsão de contratação de servidores pelo regime da CLT em descompasso com o atual parâmetro constitucional, afrontando o princípio da moralidade.

Por derradeiro, salienta-se que a prestação de serviços de saúde é dever do Município, nos termos da previsão contida no art. 241, da Constituição Estadual, sendo vedada a transferência integral a entidade privada, violando a permissão constitucional da participação complementar.

Portanto, por todas as razões acima descritas, presentes os requisitos autorizadores e especialmente porque ainda não houve concretização definitiva e contratação completa de pessoal, havendo iminência de instituição do IMESF, com esboço em legislação eivada de vício formal e material, defiro a medida liminar determinando a suspensão da eficácia da Lei nº 11.062/11, até julgamento final da presente ação.

hmoc



MASC
Nº 70046726287
2011/CÍVEL

Notifique-se a autoridade responsável pelo ato impugnado, para que, no prazo de 30 dias, preste as informações entendidas como necessárias.

Cite-se o Dr. Procurador-Geral do Estado para que se manifeste, no prazo de quarenta dias.

Após, abra-se vista ao Dr. Procurador-Geral de Justiça para que, no prazo de quinze dias, emita parecer.

Oficie-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 26 de dezembro de 2011.



DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA,
Relator.