

13/04/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 401
MATO GROSSO**

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ
INTDO.(A/S) : CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA CÂMARA MUNICIPAL
DE CUIABÁ

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 5.723/2013 DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ. AUTORIZAÇÃO PARA A CRIAÇÃO DA EMPRESA CUIABANA DE SAÚDE PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE QUE A EMPRESA DEVE SER REGIDA POR LEI COMPLEMENTAR. IMPROCEDÊNCIA. EXIGÊNCIA QUE SE APLICA APENAS ÀS “FUNDAÇÕES”. ALEGAÇÃO DE QUE A SAÚDE PÚBLICA SOMENTE PODE SER PRESTADA POR ENTES DE DIREITO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A lei específica autorizadora da criação das estatais é, segundo a Constituição, a ordinária, restringindo-se a exigência de lei complementar apenas para as fundações. Precedentes.

2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as empresas públicas podem prestar serviços públicos, não se devendo confundir a natureza da entidade com a do serviço.

3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 31 de março a 12 de abril de 2023**, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa

ADPF 401 / MT

Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em reconhecer a constitucionalidade da Lei n. 5.723, de 2013, do Município de Cuiabá, e julgar improcedente a presente arguição, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de abril de 2023.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

13/04/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 401
MATO GROSSO**

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ
INTDO.(A/S) : CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA CÂMARA MUNICIPAL
DE CUIABÁ

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida liminar proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Lei nº 5.723, de 17 de outubro de 2013, do Município de Cuiabá/MT, que autorizou a criação da denominada “Empresa Cuiabana de Saúde Pública” pelo Poder Executivo.

Eis o teor da legislação atacada, tal como transcrita na inicial:

“Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública unipessoal, na forma definida no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 5º do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Cuiabana de Saúde Pública, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada à Secretaria Municipal de Saúde, com prazo de duração indeterminado.

Parágrafo único. A Empresa reger-se-á por esta Lei, por seu Estatuto Social e pelas demais normas de direito aplicáveis.

Art. 2º A Empresa Cuiabana de Saúde Pública terá seu capital social integralmente subscrito e integralizado pelo Município de Cuiabá.

Parágrafo único. A integralização do capital social será realizada com recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento do Município, bem como pela incorporação de qualquer espécie de bens e direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Art. 3º A Empresa Cuiabana de Saúde Pública terá por

ADPF 401 / MT

finalidade exclusiva a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade no âmbito do município de Cuiabá, não podendo instituir qualquer tipo de cobrança ao público usuário pela prestação de serviços de saúde, garantido o acesso integral, universal e igualitário aos serviços de saúde.

§ 1º As atividades de prestação de serviços de assistência à saúde de que trata o caput estarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

§ 2º No desenvolvimento de suas atividades de assistência à saúde, a Empresa Cuiabana de Saúde Pública observará as orientações das Políticas Nacional, Estadual e Municipal de saúde.

§ 3º É assegurado à Empresa Cuiabana de Saúde Pública o ressarcimento das despesas com o atendimento de consumidores e respectivos dependentes de planos privados de assistência à saúde, na forma estabelecida pelo art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, observados os valores de referência estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como de todos os demais seguros públicos ou privados.

Art. 4º A Empresa Cuiabana de Saúde Pública terá por objeto social:

I – executar e prestar serviços de saúde;

II – gerir e prestar serviços de engenharia clínica, manutenção predial de unidades de saúde e demais serviços de apoio à saúde, incluindo desenvolvimento, suporte e execução de sistemas informatizados em prestação de serviços de saúde;

III – oferecer serviços de capacitação e treinamento na área de saúde em nível médio, graduação ou pós-graduação;

IV – desenvolver atividades de ensino, pesquisa e avaliação de evolução tecnológica e incorporação de novas tecnologias e soluções de prestação de serviço na área de saúde;

V – celebrar contratos, convênios ou termos de parceria com vistas à realização de suas atividades, observando os princípios da Administração Pública, nos termos das Leis nºs 8.666/1.993 e 10.520/2002; [redação da Lei 5.900, de 22 de dezembro de 2014]

VI – exercer outras atividades inerentes ao seu objeto social, nos

ADPF 401 / MT

termos de seu Estatuto Social.

§ 1º *Para o cumprimento dos seus objetivos sociais, poderá a Empresa Cuiabana de Saúde Pública celebrar contratos de direito público ou convênios com o Município de Cuiabá, inclusive no âmbito do Sistema Único de Saúde.*

§ 2º *Fica o Poder Executivo autorizado a delegar à Empresa Cuiabana de Saúde Pública, mediante aprovação do Conselho Municipal de Saúde de Cuiabá, a gestão integral do Hospital de Alta Complexidade, denominado Hospital São Benedito, vinculado a Secretaria Municipal de Saúde; [redação da Lei 5.900/2014]*

§ 3º *No desenvolvimento de suas atividades, a Empresa Cuiabana de Saúde Pública observará as diretrizes e supervisão administrativa da SMS e os princípios da Administração Pública, mediante o seu controle finalístico que lhe é inerente.*

§ 4º *A gestão de outras unidades de Média e Alta Complexidade da Secretaria Municipal de Saúde, pela Empresa Cuiabana de Saúde, somente será permitida após a aprovação do Conselho Municipal de Saúde de Cuiabá. [acrescentado pela Lei 5.900/2014]*

Art. 5º *A Empresa Cuiabana de Saúde Pública não poderá transferir recursos a outras entidades ou empregar recursos para o desenvolvimento de atividades não compatíveis com as finalidades definidas no art. 3º desta Lei.*

Art. 6º *Constituirão recursos da Empresa Cuiabana de Saúde Pública:*

- I – dotações orçamentárias que lhe forem consignadas;*
- II – receitas resultantes das prestações de serviços que constitua objeto social da Empresa;*
- III – produto de operações de crédito, financiamentos ou repasses;*
- IV – receitas patrimoniais;*
- V – doações e subvenções;*
- VI – recursos provenientes de outras fontes previstas em Lei específica.*

Parágrafo único. O lucro líquido da Empresa Cuiabana de Saúde Pública será reinvestido para atendimento do objeto social da empresa, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da

ADPF 401 / MT

reserva para contingência.

Art. 7º Os orçamentos, programação financeira e demonstrativos contábeis da Empresa Cuiabana de Saúde Pública obedecerão às normas instituídas em Lei para a Administração Pública Municipal, sem prejuízo de outros demonstrativos técnicos específicos que se façam necessários ao gerenciamento da Empresa.

Art. 8º A Empresa contará com os seguintes órgãos:

I – nas instâncias consultiva e deliberativa, com o Conselho de Administração;

II – na instância executiva, com sua Diretoria;

III – na instância de controle, com seu Conselho Fiscal.

IV – na instância do controle social, com seu Conselho Gestor.

[acrescentado pela Lei 5.900/2014]

§ 1º O estatuto social definirá as atribuições e o funcionamento dos órgãos referidos neste artigo. [redação da Lei 5.900/2014]

§ 2º Será composta no mínimo dos seguintes órgãos de execução de deliberação:

I – Assembléia Geral: órgão com poderes para deliberar sobre todos os negócios relativos ao seu objeto social, composto por todos os órgãos referidos nos incisos I, II, III e IV do Art. 8º; [redação da Lei 5.900/2014]

II – Conselho de Administração: órgão superior de natureza consultiva e deliberativa, com poderes para deliberar sobre a Gestão Administrativa e Financeira, inclusive sobre suas normas de funcionamento com respectiva homologação do Secretário Municipal de Saúde; [redação da Lei 5.900/2014]

III – Diretoria Executiva: órgão incumbido das funções de Administração das atividades específicas e auxiliares da Empresa, observadas as diretrizes gerais elaboradas pelo Conselho de Administração, constituída pelos seguintes Membros:

a) Diretor Geral;

b) Diretor Técnico e

c) Diretor Administrativo. [redação da Lei 5.900/2014]

IV – Conselho Fiscal: órgão de fiscalização do controle interno dos atos dos administradores da empresa no cumprimento das normas legais e estatutárias, composto paritariamente por representantes do

ADPF 401 / MT

Governo, Trabalhadores do SUS/Cuiabá e do Conselho Municipal de Cuiabá, podendo, a pedido de qualquer membro, solicitar auditoria externa.

a) o mandato dos Conselheiros será de 02 (dois) anos, sendo o Presidente eleito dentre os seus Membros, permitida a recondução por igual período;

b) os Conselheiros Fiscais não serão remunerados, sendo apenas reembolsados nas despesas de hospedagem, traslado e alimentação, sendo a sua função considerada de relevância pública;

c) as reuniões Ordinárias do Conselho Fiscal serão mensais e as Extraordinárias convocadas, quando necessárias, pelo seu Presidente ou por 2/3 de seus membros. [acrescentado pela Lei 5.900/2014]

V – conselho Gestor: órgão de controle social, de caráter consultivo e deliberativo, com a finalidade de garantir a participação dos usuários e trabalhadores do SUS-Cuiabá, juntamente com a Administração da Empresa Cuiabana de Saúde na gestão e controle das ações e serviços da Unidade, composto paritariamente de 12 (doze) membros, sendo os segmentos de trabalhadores e usuários indicados pelo Pleno do Conselho Municipal de Saúde. [acrescentado pela Lei 5.900/2014]

§ 3º O Diretor-Geral da Empresa Cuiabana de Saúde perceberá remuneração pelo exercício do cargo com base na simbologia DAS-1, bem como terá direito ao pagamento da verba indenizatória prevista na Lei no 5.653, de 03 de abril de 2013, no valor devido ao Secretário Municipal. [acrescentado pela Lei 5.934, de 15 de maio de 2015]

§ 4º Os demais Diretores da Empresa Cuiabana de Saúde perceberão remuneração pelo exercício do cargo com base na simbologia DGA-1, bem como terão direito ao pagamento da verba indenizatória prevista na Lei no 5.653, de 03 de abril de 2013, no valor de R\$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais). [acrescentado pela Lei 5.934/2015]

§ 5º A remuneração pelo exercício do cargo de Diretor, prevista nos §§ 4º e 5º deste artigo, será devida ao ocupante do cargo a partir da data de sua nomeação, inclusive com aplicação de efeitos financeiros retroativos ao dia inicial de exercício do cargo, hipótese em que a Administração Pública fica autorizada a adimplir eventuais

ADPF 401 / MT

valores remanescentes devidos ao servidor, desde que este não tenha percebido remuneração do Município de Cuiabá em virtude do exercício concomitante de outro cargo em comissão no Município de Cuiabá, na forma admitida pelo art. 19 da Lei Complementar nº 093, de 23 de junho de 2003. [acrescentado pela Lei 5.938, de 22 de maio de 2015]

Art. 9º O regime de pessoal permanente da Empresa Cuiabana de Saúde Pública será o da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação complementar, condicionada a contratação à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, observadas as normas específicas editadas pelo Conselho de Administração.

§ 1º A Empresa Cuiabana de Saúde Pública organizará seu quadro de pessoal mediante plano de cargos, carreira e salários, conforme regulamento específico, devidamente homologado pelo Ministério Trabalho e Emprego.

§ 2º Ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 37, XVI, da Constituição Federal, fica vedada a acumulação de emprego na Empresa Cuiabana de Saúde Pública com emprego ou cargo público na Administração Direta e Indireta dos Municípios, Distrito Federal, Estados e União.

§ 3º Os editais de concursos públicos para o preenchimento de emprego no âmbito da Empresa Cuiabana de Saúde Pública poderão estabelecer, como título, o cômputo do tempo de exercício em atividades correlatas às atribuições do respectivo emprego.

Art. 10. Fica a Empresa Cuiabana de Saúde Pública, para fins de sua implantação, autorizada a contratar, mediante processo seletivo simplificado, pessoal técnico e administrativo por tempo determinado.

§ 1º Os contratos temporários de emprego de que trata o caput somente poderão ser celebrados durante os 2 (dois) anos subsequentes à constituição da Empresa Cuiabana de Saúde Pública.

§ 2º Os contratos temporários de emprego de que trata o caput poderão ser prorrogados uma única vez, desde que a soma dos 2 (dois) períodos não ultrapasse 5 (cinco) anos.

§ 3º Quando ocorrer a delegação de que trata o artigo 4º, § 2º,

ADPF 401 / MT

desta Lei, fica autorizada a contratação temporária nos 180 (cento e oitenta) primeiros dias de vigência da referida delegação.

Art. 11. A Empresa Cuiabana de Saúde Pública poderá celebrar contratos temporários de emprego com base nas alíneas a e b do § 2º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, mediante processo seletivo simplificado, observado o prazo máximo de duração estabelecido no seu art. 445.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”.
(eDOC 1, p. 2/8)

Após defender o cabimento da arguição à luz dos preceitos fundamentais que estariam previstos nos arts. 6º, 37, *caput* e incisos II e XIX, 39, *caput*, 173, *caput* e 198, *caput*, todos da Constituição da República, sustenta o Requerente, em princípio, a inconstitucionalidade integral da lei sob o prisma formal. Isso se dá à luz da interpretação que faz do art. 37, XIX, CRFB, especialmente por considerar “ainda não haver lei complementar federal que defina áreas de atuação de empresas públicas quando dirigidas à prestação de serviços públicos, é inconstitucional a autorização para instituir a EMPRESA CUIABANA DE SAÚDE PÚBLICA, nos moldes previstos na lei municipal impugnada” (eDOC 1, p. 15).

De outro lado, após discorrer sobre o regime jurídico da prestação de serviços de saúde, aduz à impossibilidade de instituição pela Administração Pública de pessoa jurídica de direito privado voltada para a consecução de atividades desenvolvidas integral e exclusivamente no Sistema Único de Saúde, pois “se se trata de serviço público, a empresa estatal que o preste deve submeter-se a regime jurídico de direito público” (eDOC 1, p. 21). Nessa toada, defende a inconstitucionalidade dos arts. 1º, 9º, 10 e 11 da Lei Cuiabana nº 5.723/2013, os quais contrariam o regime jurídico único, disposto no vigente art. 39, *caput*, CRFB.

Requer o deferimento da medida cautelar, inclusive mediante decisão monocrática *ad referendum* do Tribunal, se for o caso, para suspender a eficácia da legislação impugnada.

Entende estarem presentes o *fumus boni iuris*, que exsurgiria da

ADPF 401 / MT

contrariedade aos dispositivos constitucionais elencados, e do *periculum in mora*, sustentando o caráter irreparável ou de difícil reparação que a norma impugnada gera na organização e no funcionamento da Administração Pública Municipal.

Determinei a intimação do Prefeito do município de Cuiabá e da Câmara de Vereadores do município de Cuiabá para prestarem informações acerca do pedido liminar. Do mesmo modo, tendo em vista o potencial interesse da União no caso, solicitei informações ao Advogado-Geral da União (eDOC 6).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo indeferimento da medida liminar (eDOC 10). Sustenta que *“a imposição constitucional quanto à necessidade prévia de lei complementar para a definição das áreas de atuação de determinadas entidades integrantes da Administração Pública indireta, nos moldes previstos no artigo 37, inciso XIX, da Carta, aplica-se apenas às fundações de direito privado.”* (eDOC 10, p.9).

Afirma que, não obstante a inquestionável natureza pública dos serviços prestados, a Empresa Cuiabana de Saúde Pública possui regime jurídico de direito privado com algumas mitigações, dentre as quais a preservação, pela legislação questionada, do princípio do concurso público e aponta a ausência de elementos indicativos acerca da presença de urgência a justificar o deferimento da medida liminar.

A Câmara Municipal de Cuiabá, em suas informações (eDOC 15) alega, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar como parte na presente ADPF em virtude da incompetência da Câmara para suspender os efeitos de uma lei já sancionada e publicada.

No mérito, defende a regularidade formal e material da tramitação da legislação impugnada no âmbito daquela Casa Legislativa.

O Prefeito do município de Cuiabá manifestou-se (eDOC23), inicialmente, pela necessidade de julgamento conjunto da presente ADPF com a ADI 4895, que trata da autorização e criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBESERH, em virtude da identidade argumentativa apresentada.

No tocante à plausibilidade do direito alegado, sustenta o não

ADPF 401 / MT

conhecimento da ADPF por conta da inexistência de violação à preceito fundamental e afirma que a expressão “*neste último caso*”, constante da parte final do inciso XIX, do art. 37, da CRFB, refere-se tão somente às fundações públicas. Alega, ainda, inexistir exclusividade na prestação dos serviços de saúde, articulando com o art. 197 da Constituição Federal.

Por fim, aponta a existência de “*grave periculum in mora inverso, uma vez que a Empresa Cuiabana de Saúde é responsável pela administração do Hospital Municipal São Benedito, que é atualmente o hospital responsável pelos atendimentos de alta complexidade no âmbito deste Município, de forma que o deferimento da medida cautelar pode comprometer a administração e o funcionamento de hospital de extrema importância para a prestação dos serviços de saúde à sociedade cuiabana.*” (eDOC 23, p. 22-23).

Intimado para ofertar manifestação, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela improcedência da arguição (eDOC 35):

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI 5.723/2013 DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ/MT. EMPRESA CUIABANA DE SAÚDE PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR À COMUNIDADE. EMPRESA PÚBLICA. PRÉVIA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA DEFINIÇÃO DAS ÁREAS DE ATUAÇÃO DAS ESTATAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. SUBMISSÃO DOS EMPREGADOS AO REGIME DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. PRECEDENTE. PARECER PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A exigência de prévia edição de lei complementar para regulamentação das áreas de atuação, inscrita no art. 37, XIX, da CF, refere-se exclusivamente às fundações públicas de direito privado.

2. Não se aplica às empresas públicas o regime jurídico único disposto no art. 39, caput, da CF, havendo seus empregados de ser regidos pela Consolidação das Leis do

ADPF 401 / MT

Trabalho. Precedentes.

3. Sendo livre à iniciativa privada a prestação de serviços de assistência à saúde de maneira complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS (art. 199, § 1º, da CF), inexistem óbices para que pessoa jurídica de direito privado integrante da administração pública, tal qual uma empresa pública, atue na prestação de serviços de saúde.

— Parecer pela improcedência do pedido.”

É o relatório.

13/04/2023

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 401
MATO GROSSO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Muito embora seja cabível a presente arguição, ela deve ser julgada improcedente.

O Prefeito de Cuiabá suscitou, como preliminar para o não conhecimento da presente arguição, que os artigos apontados pelo requerente não seriam preceitos fundamentais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que compete a esta Corte realizar o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.

Veja-se, a propósito, a ementa da ADPF-QO 1, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 07.11.2003:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal,

ADPF 401 / MT

normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial 'quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição'."

Nesse sentido, o e. Ministro Gilmar Mendes bem explicitou na ADPF-MC 33 (DJ 27.10.2006) o esforço hermenêutico a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal: "É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais de um determinado sistema."

Ainda nesse importante voto para a construção institucional do controle abstrato de constitucionalidade, o e. Ministro Gilmar Mendes apresenta diretriz para o trabalho que aqui se coloca:

"Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional."

Na presente hipótese, com respaldo nas asserções da parte Arguente e do exposto nos autos é possível inferir potencial violação às normas que disciplinam a Administração Pública (art. 37, caput e incisos II e XIX,

ADPF 401 / MT

CF), bem como o modo de prestação do direito social à saúde (art. 6º, caput , CF). Tenho, portanto, como admissível a ADPF nesse ponto.

Do mesmo modo, verifico estar presente o requisito da subsidiariedade. No caso que se apresenta, alega-se a incompatibilidade da Lei 5.723/2013, do Município de Cuiabá/MT, em face do que dispõe os arts. 6º, 37, *caput* e incisos II e XIX, 39, 173, *caput* e §1º e 198, da Constituição da República. Dada a inexistência de outros meios para se possibilitar o controle concentrado de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal, satisfeito está o critério da subsidiariedade previsto no art. 4º, §1º, da Lei 9.882/1999.

Diante de tal moldura e da relevância da controvérsia veiculada nos autos, admito a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na espécie.

No mérito, como já indicado, é caso de julgar improcedente a presente arguição.

O argumento deduzido pela inicial é o de que, enquanto não houver lei federal que defina as áreas de atuação das empresas públicas prestadores de serviço público, seria inconstitucional autorizar, por meio de lei municipal, a instituição de um ente privado.

O argumento, no entanto, foi rejeitado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, quando examinou a constitucionalidade da Lei 12.550, de 2011, que autorizou a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH.

Nesse precedente, a e. Ministra Cármen Lúcia, relatora, afirmou que:

“No inc. XIX do art. 37 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional n. 19/1998, ao ser determinada a edição de lei complementar para a regulamentação das áreas de atuação, o poder constituinte derivado fez alusão tão somente às fundações. A interpretação gramatical deixa certo que a expressão “neste último caso”, no singular, refere-se ao antecedente “fundação”. A interpretação sistemática da Constituição também permite concluir não ser necessária a edição de lei complementar para a definição da atuação de

ADPF 401 / MT

empresas públicas ou sociedades de economia mista.

O acórdão restou assim ementado:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.550/2011. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GRATUITOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR À COMUNIDADE E DE APOIO À FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE. INC. XIX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSENTE A PREVISÃO DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA A DEFINIÇÃO DAS ÁREAS DE ATUAÇÃO DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO. REGIME DE PESSOAL CELETISTA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.”

(ADI 4895, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021)

Nesse precedentes, acolhido pela unanimidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se que: (i) a lei específica autorizadora da criação das estatais é a ordinária, restringindo-se a exigência de lei complementar apenas para as fundações; (ii) as empresas estatais devem ter regras de governança e critérios para a boa administração, sendo certo que as empresas públicas estão sujeitas à fiscalização dos tribunais de contas; e (iii) as empresas públicas são entes que integram a Administração Indireta e possuem personalidade jurídica de direito privado.

Além disso, acolhendo especificamente as razões trazidas nessa ação direta pela Presidência da República, apontou a e. Ministra Cármen Lúcias que “não podemos confundir a natureza da entidade com a natureza do serviço”, isto é, não é porque o serviço prestado pela empresa é público que o seu regime jurídica também será ou que serão

ADPF 401 / MT

estatutários os seus servidores. Como é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nada impede que os entes da Administração Indireta também sejam prestadores de serviço público.

Essas razões que condensam anos de precedentes desta Suprema Corte são pertinentes para a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O argumento central deduzido pela Procuradoria-Geral da República é o de que a saúde pública é serviço de caráter eminentemente público e, por isso, “não é possível lhes empresas natureza diversa da pública” (eDOC 1, p. 21).

O argumento, com a devida vênia, acaba confundir a natureza do serviço com a da entidade encarregada de executá-lo.

Como já se observou nesta manifestação, nada impede que sejam criadas estatais que prestem, com exclusividade, um determinado serviço público. Para a Administração Pública, essas entidades podem ter vantagens como o regime de pessoal ou mesmo como o controle finalístico desempenhado pelo Poder Executivo. Essas características, no entanto, não desnaturam o serviço prestado que, por expressa definição constitucional, continua a ser público.

Ante o exposto, reconheço a constitucionalidade da Lei n. 5.723, de 2013, do Município de Cuiabá, e julgo improcedente a presente arguição.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 401

PROCED. : MATO GROSSO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ

INTDO.(A/S) : CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 5.723, de 2013, do Município de Cuiabá, e julgou improcedente a presente arguição, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 31.3.2023 a 12.4.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário