

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, 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, 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 “função”. A interpretação sistemática da Constituição também permite concluir não ser necessária a edição de lei complementar para a definição da atuação de 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 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 Virtual - minuta de voto - 31/03/2023 00:00