



Supremo Tribunal Federal  
07/02/2011 18:09 0005080  
[Barcode]

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 3740 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.197

REQUERENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE

REQUERIDA : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE

RELATOR : MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

*Ação direta de inconstitucionalidade. Leis 6.346/2008, 6.347/2008 e 6.348/2008, do Estado de Sergipe. Criação da Fundação de Saúde "Parreiras Horta" – FSPH, da Fundação Hospitalar de Saúde – FHS e da Fundação Estadual de Saúde – FUNESA. Vício de inconstitucionalidade formal decorrente da ausência de lei complementar federal que defina as áreas de atuação das entidades. Ofensa ao art. 37, XIX, da CR. Não conhecimento do pedido relativamente à inconstitucionalidade material do art. 18, § 1º, das leis questionadas. Ausência de impugnação de todo o complexo normativo. Fundações estatais que prestam serviço público de saúde devem ter natureza jurídica de direito público, e seus servidores submetidos ao regime jurídico único. Parecer pelo conhecimento parcial da ação e, na parte conhecida, pela sua procedência.*

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade dirigida contra as Leis 6.346, 6.347 e 6.348, todas de 2 de janeiro de 2008, do Estado de Sergipe, que autorizaram a criação, pelo Executivo, da Fundação de Saúde "Parreiras Horta" – FSPH, da Fundação Hospitalar de Saúde – FHS e da Fundação Estadual de Saúde – FUNESA, respectivamente. 20

2. O requerente sustenta que os diplomas questionados ofendem os artigos 37, IX, XIX, e 39 da Constituição da República<sup>1</sup>.

3. Aduz que as mencionadas leis estaduais possuem vício de inconstitucionalidade formal, uma vez que autorizaram a criação de fundações públicas, sem que houvesse a prévia edição de lei complementar que definisse as suas áreas de atuação.

4. Insurge-se também quanto ao fato de as referidas fundações terem personalidade jurídica de direito privado, e o regime jurídico de seu pessoal ser regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, conforme disposto nos arts. 2º e 18 das Leis estaduais 6.346/2008<sup>2</sup>, 6.347/2008<sup>3</sup> e 6.348/2008<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> “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: (...) IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (...) 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;”

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”

<sup>2</sup> “Art. 2º A Fundação de Saúde “Parreiras Horta” – FSPH deverá ser integrante da Administração Pública Indireta do Poder Executivo do Estado de Sergipe, dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública, com autonomia gerencial, patrimonial, orçamentária e financeira, quadro de pessoal próprio e prazo de duração indeterminado.”

“Art. 18. O Pessoal da Fundação de Saúde “Parreiras Horta” - FSPH será regido pela CLT e respectiva legislação complementar, devendo sua admissão ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e a sua dispensa motivada, na forma prevista no art. 482 da CLT ou por motivo técnico, financeiro, econômico ou disciplinar, ressalvados os empregos de direção superior, assessoramento e assistência, de livre nomeação e exoneração, como disposto no respectivo estatuto, os quais integrarão o Quadro de Pessoal Especial.”

<sup>3</sup> “Art. 2º A Fundação Hospitalar de Saúde – FHS será integrante da Administração Pública Indireta do Poder Executivo do Estado de Sergipe, dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública, com autonomia gerencial, patrimonial, orçamentária e financeira, quadro de pessoal próprio e prazo de duração indeterminado.”

“Art. 18. O Pessoal da Fundação Hospitalar de Saúde - FHS será regido pela CLT e respectiva legislação complementar, devendo sua admissão ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e a sua dispensa motivada, na forma prevista no art. 482 da CLT ou por motivo técnico, financeiro, econômico ou disciplinar, ressalvados os empregos de direção superior, assessoramento e assistência, de livre nomeação e exoneração, como disposto no respectivo estatuto, os quais integrarão o Quadro de Pessoal Especial.”

<sup>4</sup> “Art. 2º A Fundação Estadual de Saúde – FUNESA, será integrante da Administração Pública Indireta do Poder Executivo do Estado de Sergipe, dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública, com autonomia gerencial, patrimonial, orçamentária e financeira, quadro de pessoal próprio e prazo de duração indeterminado.”

AD

5. No seu entender, a finalidade precípua de tais entidades é a execução de serviços e políticas públicas de saúde, razão pela qual elas deveriam ter sido criadas com personalidade jurídica de direito público, adotando-se o regime jurídico estatutário para os seus servidores.

6. Requer, por fim, em caráter subsidiário, o reconhecimento, ao menos, da inconstitucionalidade do § 1º do art. 18 das três leis estaduais<sup>5</sup>, sob a alegação de que não se fazem presentes os pressupostos constitucionais inerentes à contratação temporária.

7. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (f. 102).

8. O Governador do Estado de Sergipe prestou informações às ff. 108/130, no sentido da constitucionalidade das leis impugnadas.

9. Em relação ao vício referente à ausência de lei complementar que defina as áreas de atuação das fundações públicas, defende que a matéria se encontra regulada, na esfera federal, pelo Decreto-lei n.º 200/1967, o qual teria sido recepcionado, no particular, com *status* de lei complementar.

10. Sustenta que o fato de as fundações cuja criação foi autorizada prestarem serviços de saúde não impossibilita a sua submissão ao regime jurídico de direito privado, uma vez que a execução dos mesmos não é atribuição exclusiva do Estado.

“Art. 18. O Pessoal da Fundação Estadual de Saúde – FUNESA, será regido pela CLT e respectiva legislação complementar, devendo sua admissão ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e a sua dispensa motivada, na forma prevista no art. 482 da CLT ou por motivo técnico, financeiro, econômico ou disciplinar, ressalvados os empregos de direção superior, assessoramento e assistência, de livre nomeação e exoneração, como disposto no respectivo estatuto, os quais integrarão o Quadro de Pessoal Especial.”

<sup>5</sup> “Art. 18 - (...) § 1º A Fundação poderá, observada a Lei (Estadual) nº 2.781, de 02 de janeiro de 1990, e modificações posteriores, contratar pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas atividades, por prazo de 12 (doze) meses, mediante processo seletivo simplificado, nos termos do disposto no seu estatuto, podendo haver prorrogação, desde que esta não ultrapasse o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses de duração.”

11. Alega, ainda, que a norma inscrita no § 1º do art. 18 das leis combatidas, ao dispor sobre a contratação temporária de pessoal técnico imprescindível ao exercício das atividades das fundações, expressamente ressalvou a necessidade de observância à Lei estadual 2.781/90. Esta, por sua vez, prevê, em seu art. 1º, como requisito para tal modalidade de contratação, o atendimento à necessidade temporária do serviço em caso de excepcional interesse público, tudo de conformidade com a exigência contida no art. 37, IX, da CR.

12. De resto, prossegue, a inicial não tem como ser conhecida nesse ponto, considerando que o requerente não incluiu no pedido de declaração de inconstitucionalidade a Lei estadual 2.781/90<sup>6</sup>, expressamente referida pelo texto impugnado.

13. A Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe limitou-se a informar que houve estrita observância do processo legislativo (f. 448).

14. O Advogado-Geral da União, por sua vez, manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação no tocante ao § 1º do art. 18 das leis questionadas, sob o fundamento de que não houve impugnação de todo o complexo normativo que disciplina a contratação temporária. No mérito, concluiu haver vício de inconstitucionalidade formal nas leis impugnadas, porque não se fizeram preceder de lei complementar referida no inciso XIX do art. 37 da CR (ff. 505-518).

15. É o relatório.

QO.

<sup>6</sup> A Lei Estadual 2.781/1990 dispõe sobre a contratação de servidores para atender à necessidade temporária do serviço, em casos de excepcional interesse público, na Administração Pública Direta e Indireta, inclusive fundacional, do Estado de Sergipe.

*INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL*

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

90

que vêm cumprir tal propósito, em acréscimo às estipulações constitucionais, devem ser, logicamente, de caráter nacional<sup>7</sup>.

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, IV<sup>8</sup>, 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.

<sup>7</sup> José Afonso da Silva também entende que a lei complementar a que se refere o art. XIX do art. 37 é reservada à União. *In Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 235/236.

<sup>8</sup> “Art. 5º - (...) IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)”

*INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**(a) Personalidade jurídica*

26. As leis impugnadas, ao autorizarem a criação, pelo Executivo, das fundações públicas ali designadas, para prestarem serviços de saúde, estipulou que elas tivessem personalidade jurídica de direito privado.

27. Juliana Bonacorsi de Palma defende que a nova redação do inciso XIX do art. 37 da CR, por força da EC 19/98, veio para superar a imprecisão conceitual sobre o termo “fundação pública”, deixando clara a possibilidade de se adotar tanto o regime público quanto o regime privado nas fundações estatais<sup>9</sup>.

28. Já Marlon Alberto Weichert<sup>10</sup> põe em dúvida se a redação do atual inciso XIX do art. 37 teria realmente instituído um novo tipo de entidade pública. Observa, contudo, que, para a questão proposta, o ponto central é saber se fundação que presta serviços públicos de saúde pode ser regida pelo direito privado<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> *Fundações estatais de direito privado. Viabilidade jurídica do PLP N. 92/2007. In Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, mar/jul 2009, p. 143. O mesmo entendimento foi adotado pelo STF no julgamento da ADI 191/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 041, divulg. 6/3/2008, publ. 7/3/2008. Consta do voto da Relatora: “aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração Pública”.*

<sup>10</sup> *Fundação estatal no serviço público de saúde. Inconsistências. Revista de Direito Sanitário, ob. cit., p. 88.*

<sup>11</sup> *Id, ib.*

29. O Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes, assentou que não é a forma de constituição ou tampouco a denominação que lhe for dada que definirá a natureza jurídica da fundação pública. No RE 127.489<sup>12</sup>, por exemplo, considerou que o regime jurídico é de direito público quando a fundação *“assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários, sob a direção do Poder Público e, portanto, integrante da Administração Indireta”*.

30. Em relação ao serviço público de saúde, convém recordar que, antes da Constituição de 1988 e da implantação do sistema único de saúde, o poder público, com pouquíssimo investimento em serviços próprios, *“estimulava a iniciativa privada a constituir serviços de assistência médica”*<sup>13</sup>, com a garantia de que seriam posteriormente contratados pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS.

31. O novo paradigma constitucional, fortemente amparado no SUS, é de reapropriação do espaço público do serviço de saúde e a sua distribuição por todos os entes federados. A iniciativa privada tem atuação meramente transitória e complementar (art. 199, § 1º). Weichert observa a propósito:

“Reconhecendo que a estrutura pública não seria suficiente para dar plena assistência à toda a população (especialmente pela herança de contratação de serviços privados no modelo do então INAMPS), a Constituição Federal permitiu a participação de entidades particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode

<sup>12</sup> Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 6.3.98. Essa posição foi reafirmada no RE 381.204, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 11.11.2005.

<sup>13</sup> *Apud* WEICHERT, Marlon Alberto. ob.cit. p. 83.



haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público.”<sup>14</sup>

32. Repita-se: a saúde pública é serviço a ser executado pelo Poder Público, mediante Sistema Único de Saúde, com funções distribuídas entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. A iniciativa privada está fora do SUS. Mais uma vez, a lição de Weichert:

“Há, portanto, dois universos bem distintos de atuação em saúde: o SUS e o privado. No SUS, o papel da iniciativa privada é acessório, coadjuvante, sempre por decisão do próprio Estado. Não há um direito subjetivo do particular a integrar o SUS. Decorre, daí, uma suposta confusão pelos formuladores da proposta da fundação estatal. A área de saúde não é de atuação exclusiva do Poder Público, porém, o SUS é essencialmente estatal. Os dois planos (SUS e não-SUS) não se misturam, exceto quando o Poder Público exerce o controle e a fiscalização das ações privadas (não-SUS), em regra por meio da vigilância sanitária e epidemiológica.

O Poder Público, no SUS, é sempre um prestador de serviço público. Não há outra possibilidade. E, fora do SUS, não há autorização para atuar. Todo esforço estatal em saúde deve ser realizado dentro do SUS. E será, evidentemente, parte da prestação do serviço público de saúde.”<sup>15</sup>

33. Portanto, a assistência à saúde é serviço público, não o descaracterizando o fato de a Constituição, no art. 199, autorizar a

<sup>14</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 199.

<sup>15</sup> *In* Revista de Direito Sanitário, ob. cit., pp. 90-91.

participação da iniciativa privada. Esta é episódica, lateral, que não se confunde e não interfere com o modelo de prestação do SUS.

34. Firmado se tratar de um serviço estatal, há ainda um outro dado que desautoriza o regime de direito privado na hipótese. É que os recursos que financiarão as atividades de saúde pública a serem desenvolvidas pelas fundações cuja criação foi autorizada são de natureza orçamentária. Consta do art. 17 de cada uma das leis impugnadas que “*o Estado fará consignar, anualmente, no orçamento do Fundo Estadual de Saúde – FES, vinculado à Secretaria de Estado da Saúde – SES, de forma destacada, os recursos para pagamento dos serviços que vier a contratar com a Fundação [...] mediante contrato estatal de serviços*”.

35. De resto, integram a administração pública indireta do Estado de Sergipe (art. 1º) e atuam sob supervisão da Secretaria de Estado da Saúde (art. 22).

36. Somam-se, assim, todos os requisitos que o STF tem por caracterizadores de uma fundação de direito público.

37. A imputação de personalidade privada a tais entidades constitui violação a todo o conjunto de normas integrantes do art. 37 da CR, vocacionadas a organizar a prestação do serviço público, de modo a que realize os valores fundamentais da sociedade brasileira.

(b) Regime jurídico

90

38. O só fato de se qualificar como entidade de direito público é suficiente para a incidência do regime estatutário no que diz respeito a seus servidores.

39. É que, na ADI 2.135, o STF deferiu a medida cautelar suspendendo a eficácia do art. 39, *caput*, na redação que lhe foi dada pela EC 19/98.

40. A principal alteração introduzida pela referida emenda constitucional, no *caput* do art. 39, foi o fim da obrigatoriedade da manutenção do regime jurídico único, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, o que permitia a contratação de servidores pelo regime da CLT. Já agora, com a suspensão da eficácia da alteração introduzida no art. 39, *caput*, retorna-se ao modelo anterior, do regime jurídico único.

41. Portanto, a previsão das leis estaduais impugnadas, de contratação de servidores pela CLT, está em descompasso com o atual parâmetro constitucional, em face da decisão proferida naquela ADI.

*(c) Contratação temporária*

42. Nesse ponto, assiste razão à AGU, quando entende ser o caso de não conhecimento do pedido por ausência de impugnação de todo o complexo normativo.

43. É que o § 1º do art. 18 das leis combatidas, ao prever a possibilidade de contratação temporária de pessoal técnico indispensável

20

às atividades das fundações, remete o tema à disciplina da Lei estadual 2.781/90, a qual não foi impugnada pelo requerente na exordial.

44. Portanto, ainda que se declarasse a inconstitucionalidade pretendida, continuaria a ser possível a contratação de servidores temporários no Estado de Sergipe, em razão da vigência da Lei estadual 2.781/90. O entendimento dessa Suprema Corte, em situações como a presente, é o seguinte:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 13.454/00 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. JUIZ DE PAZ. ELEIÇÃO E INVESTIDURA. SIMULTANEIDADE COM AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO. PREVISÃO NO ART. 117, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. 1. A viabilidade da ação direta reclama a impugnação conjunta dos preceitos que tratam da matéria, sob pena de inocuidade da própria declaração de inconstitucionalidade. 2. A ausência de impugnação do teor de preceitos constitucionais repetidos na lei impugnada impede o conhecimento da ação direta. Precedentes [ADI n. 2.132/MC, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ 05.04.2002; ADI n. 2.242, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ 19.12.2001 e ADI n. 2.215, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 26.04.2001] (...)” (ADI 2.938, Ministro Eros Grau, DJ de 9/12/2005).

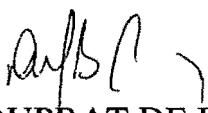
45. De resto, o STF entende ser possível a contratação temporária de pessoal técnico, ainda que para atividades permanentes, desde que a respeitados os requisitos constitucionais:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.843/04. SERVIÇO PÚBLICO. AUTARQUIA. CADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TÉCNICO POR TEMPO DETERMI-

NADO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, IX, DA CB/88. 1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. 2. A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal. 3. Ação direta julgada improcedente.” (ADI 3.068, Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/09/2005).

Ante o exposto, o parecer é pelo conhecimento parcial da ação e, na parte conhecida, pela procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade das Leis 6.346/2008, 6.347/2008 e 6.348/2008, do Estado de Sergipe. ✓

Brasília, 31 de janeiro de 2011.

  
DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA  
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

  
ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS  
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA