



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
10ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre

Rua Manoelito de Ornelas, 50 - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90110230 - Fone: (51) 3210-6500

INCIDENTES Nº 5028537-58.2020.8.21.0001/RS

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REQUERIDO: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

DESPACHO/DECISÃO

Vistos etc.

O **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul** ajuizou na 5a. Vara da Fazenda Pública ação civil pública contra o **Município de Porto Alegre** afirmando que na edição extra do Diário Oficial de Porto Alegre de 15 de maio de 2020 foi publicado o Decreto Executivo Municipal n. 20.580/2020 que regulamenta a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a participação de forma complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito do Município de Porto Alegre. Sustentou que a Constituição Federal estabelece que, relativamente à saúde, a competência será concorrente, cabendo aos Poderes Legislativo e Executivo locais apenas suplementar os atos editados pela União ou pelo Estado. Salientou que na estrutura federativa brasileira os Estados-membros e os Municípios não dispõem de autonomia ilimitada para se organizarem, pois apenas o poder constituinte originário apresenta essa característica, de modo que, por simetria, imperativa a observância, pelos entes federados inferiores, dos princípios e regras gerais fixados na Lei Maior, principalmente normas referentes à competências de cada uma das unidades federadas. Disse que os Municípios podem apenas suplementar a legislação federal e estadual, jamais contrariando seu conteúdo. Destacou que nenhum dos dispositivos

legais que reproduziu justifica a edição do Decreto Municipal n. 20.580/2020 que se propõe a regulamentar a participação complementar da iniciativa privada no SUS no âmbito do Município de Porto Alegre de forma totalmente dissociada do artigo 199, parágrafo primeiro da Constituição Federal e artigo 4o, parágrafo segundo, e 24 da Lei 8.080/90. Ressaltou que o decreto municipal questionado inova, estabelecendo uma série de definições totalmente estranhas à Lei 8.080/90, o que desborda da função dos decretos, que devem se ater aos limites das normas que regulamentam. Salienta que o decreto contém regras estabelecidas unilateralmente pelo atual gestor municipal sobre a contratação de entidades privadas para prestação de serviços públicos de saúde, sem fundamento concreto na Lei 8.080/90, a qual afirma regulamentar, largamente ultrapassando os termos da norma federal. Disse que a proposta constitucional e infraconstitucional de prestação de serviços de saúde para a concretização do direito social é no sentido de que o Estado os execute diretamente e os particulares assumam a condição de coadjuvantes, de subsidiários da ação estatal, e sempre sob a coordenação do poder público, e não o contrário. Afirmou que o artigo 4o do decreto define o que seja insuficiência da administração em garantir a disponibilidade assistencial por meios próprios, utilizando conceitos vagos como “impossibilidade fática ou jurídica”, “vantajosidade dos serviços privados contratados em relação aos serviços prestados de forma direta” e “caso fortuito, força maior ou por decisões judiciais” e “prejuízo ao erário ou aos usuários do SUS”. Referiu que o Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre, instância do controle social acerca das políticas públicas em saúde no Município, ofertou representação acerca do referido decreto. Salientou que a edição do Decreto Municipal 20.580/2020 ocorre no momento em que se aguarda o julgamento dos embargos à execução n. 001/1.14.0064386-5, interpostos pelo Município de Porto Alegre contra a ação de execução de termo de ajustamento de conduta n. 001/1.10.0286310-5 que tramita neste juízo. Informou que a controvérsia nos embargos à execução gira em torno do conceito de complementariedade da participação da iniciativa privada no SUS na atenção primária em saúde em Porto Alegre e, na iminência da decisão judicial no processo que tem como pano de fundo justamente essa questão, o Município de Porto Alegre edita o Decreto Municipal n. 20.580/2020, buscando “regulamentar” a Lei Federal 8.080/90 neste ponto, concluindo que o escopo do decreto é dar suporte jurídico ou legalizar, ainda que sobrepujando a norma federal, a execução do projeto de contratualização com organizações privadas da quase totalidade dos serviços de atenção primária da cidade, questão sub judice no processo 001/1.14.0064386-5. Postulou a concessão de antecipação de tutela para a suspensão imediata dos efeitos do Decreto Municipal n. 20.580/2020. Postulou a procedência da ação para que seja tornado sem efeito em caráter definitivo o Decreto Municipal 20.580/2020, extirpando-o do mundo jurídico, ante suas evidentes inconstitucionalidades e ilegalidades. Protestou pela produção de todas em direito admitidas, especialmente documental e testemunhal. Juntou documentos.

Foi declinada a competência para este juízo em razão de conexão com a execução n. 001/1.10.0286310-5 e os embargos à execução n. 001/1.14.0064386-5.

Foram requisitadas informações ao Município de Porto Alegre que se manifestou intempestivamente sustentando ausência de conexão e, por consequência, a incompetência deste juízo. Quanto ao pedido de tutela provisória referiu que o Ministério Público justifica o pedido em dois fundamentos: existência do TAC e que a matéria está sendo discutida nos embargos à execução. Ressalta que se a matéria está sendo discutida como o próprio demandante disse é sinal que seu direito não é provável. Disse que o Ministério Público deseja definir o que é complementariedade, como deve ocorrer a prestação de serviços, ou seja, escolhendo as políticas públicas sem ter a responsabilidade quando os resultados não aparecem. Afirmou que o termo de ajustamento de conduta não pacifica a jurisprudência, razão pela qual está sendo objeto de ação revisional. Disse, por fim, que se este juízo reconhecer a conexão, em observância à coerência, dever imputado a todos os Tribunais, terá que incluir a União na relação processual e declinar a competência para Justiça Federal. Postulou o reconhecimento da incompetência deste juízo, ante a ausência de conexão entre a presente demanda e a execução do TAC e, caso reconhecida a conexão, seja indeferido o pedido de tutela provisória.

O Ministério Público sustentou quanto à alegação de ausência de conexão que ainda que os processos possuam diferentes pedidos e causa de pedir, ambos estão intrinsecamente relacionados, salientando que a edição do decreto questionado tem claro escopo de justificar o descumprimento do TAC objeto da execução que tramita neste juízo, concluindo que, caso seja improcedente, haverá reflexo na decisão de mérito dos embargos à execução. Disse que nesta ação civil pública, nos embargos e na execução não são discutidas matérias de interesse da União, sendo que apenas o fato do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Federal terem firmado o mesmo documento, atuando em suas distintas esferas de atribuição, não determina que cláusulas do TAC não relacionadas às suas esferas de atribuição devam ser executadas na Justiça Federal, ou que a legalidade de Decreto Municipal deva ser analisada na Justiça Federal, diferentemente do que ocorre na ação de desconstituição do TAC. Requereu a aplicação do artigo 80, incisos IV e VI do CPC. Postulou a condenação do Município de Porto Alegre por litigância de má-fé.

Foi indeferida a petição inicial com fundamento no disposto no artigo 330, II, do CPC. Interpostos embargos de declaração, não foram acolhidos.

O Ministério Público apelou, sendo mantida a sentença por este juízo.

O Município de Porto Alegre foi citado para responder ao recurso e se manifestar sobre o pedido deduzido pelo Conselho Municipal de Saúde.

Apresentadas contrarrazões, foi admitida a participação do Conselho Municipal de Saúde na condição de amicus curae e encaminhados os autos ao Tribunal de Justiça.

Provido o recurso, os autos foram recebidos neste juízo, tendo sido determinada a intimação do demandado para complementação das informações já prestadas, considerando o tempo de tramitação da demanda desde então.

Das informações prestadas (evento 74), foi oportunizada vista ao autor que se manifestou no evento 75).

É o relato. Decido.

Superada a questão da competência deste juízo, passo ao exame da liminar.

Questiona o Parquet o Decreto Executivo Municipal n. 20.580/2020, que “regulamenta a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a participação de forma complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito do Município de Porto Alegre” e assim dispõe:

“O Prefeito Municipal de Porto Alegre, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 94, incisos II e IV, da Lei Orgânica do Município, e em conformidade com o disposto no artigo 21, da Lei n° 6.309, de 28 de dezembro de 1988,

Decreta:

Art. 1º A iniciativa privada poderá participar de forma complementar dos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Considera-se complementar a participação da iniciativa privada quando a contratação do serviço está fundamentada na insuficiência dos serviços públicos, por meios próprios, em garantir a adequada cobertura assistencial à população.

Art. 2º A participação dos serviços privados no SUS será formalizada mediante contrato, convênio, termo ou instrumento jurídico congênere, conforme a lei.

Parágrafo único. As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do SUS.

Art. 3º Os serviços privados poderão ser contratados para garantir a continuidade dos serviços de saúde, bem como para substituição ou para ampliação de serviços, de forma temporária ou continuada.

Art. 4º A iniciativa privada poderá participar do SUS, desde que demonstrada a insuficiência da Administração Pública em garantir a disponibilidade da adequada cobertura assistencial, por meios próprios, à população de uma determinada área.

§ 1º A insuficiência da Administração Pública ficará caracterizada através de, no mínimo, um dos seguintes requisitos devidamente demonstrados:

I - necessidade de cumprimento à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF);

II - impossibilidade fática ou jurídica;

III - vantajosidade dos serviços privados contratados em relação aos serviços prestados de forma direta;

IV - casos fortuitos, de força maior ou por decisões judiciais;

V - locais de difícil acesso ou com vulnerabilidade social;

VI - prejuízos ao erário ou aos usuários do SUS.

§ 2º A vantajosidade deve atender à otimização das despesas e, não, a minimização ou barateamento de custos, de forma a garantir não só a redução de despesas, mas a melhora da qualidade ou ampliação dos serviços ofertados.

Art. 5º A Administração Pública para contratação de serviços privados deverá demonstrar a sua vantajosidade, e deverá observar o princípio da eficiência administrativa, avaliando as possibilidades do gestor com a melhor maneira pela qual as tarefas devem ser executadas, a fim de otimizar os resultados, levando em consideração os meios escassos, com atenção à produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, continuidade e desburocratização.

Parágrafo único. É dever do Secretário Municipal de Saúde disponibilizar o acesso ao melhor serviço de saúde disponível, independente da forma de contratação, respeitados os limites orçamentários e financeiros do Município.

Art. 6º A complementaridade independe de sua proporção, e poderá ser composta pelas atividades de atenção primária, média e alta complexidade ou quaisquer serviços de saúde, excetuando-se planejamento, orientação, fiscalização e ordenação de recursos públicos.

Art. 7º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS, mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Art. 8º É vedada a admissão ou contratação de recursos humanos sem a prévia realização de concurso público ou processo seletivo, nos termos da Constituição Federal.

Parágrafo único. A contratação de serviços privados de saúde não se confunde com a contratação de recursos humanos, nem com a admissão de profissionais da saúde mediante concurso público ou processo seletivo.

Art. 9º Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação”.

Postula o Ministério Público a concessão de liminar para que seja suspensa a eficácia do Decreto Municipal n. 20.580/2020 e, ao final, a procedência do pedido para que seja tornado sem efeito em caráter definitivo o referido decreto, extirpando-o do mundo jurídico por entender que o Decreto Municipal n. 20.580/2020 estabelece uma série de definições e condições totalmente estranhas à Lei 8.080/90, a qual afirma regulamentar, ultrapassando os termos da norma federal, reputando-o inconstitucional e ilegal.

A Constituição Federal em seu artigo 23, inciso II estabelece que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde”, competindo a todos concorrentemente legislar sobre a defesa da saúde (artigo 24, XII). O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo estabelece que “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”, restando esclarecido no parágrafo segundo que “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”.

Tratando-se de competência suplementar, ao legislar sobre a matéria de saúde, os demais entes devem seguir as diretrizes fixadas pela norma geral. As disposições dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 24 da Constituição Federal refletem esta previsão, uma vez que previsto que “os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades” em caso de inexistência de lei federal dispoendo sobre as normas gerais e, em caso de superveniência destas, prevê a suspensão da eficácia da lei estadual, **no que lhe for contrário**, o que demonstra com clareza os limites do legislador estadual, distrital e municipal ao dispor sobre as matérias elencadas no artigo 24.

Estabelecida esta premissa, passo ao exame da Lei Federal n. 8080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes dá outras providências.

O artigo 4º da referida lei define o **Sistema Público de Saúde** como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, estabelecendo em seu parágrafo 2º a possibilidade de participação da iniciativa privada “**em caráter complementar**”.

Esta disposição está em consonância com o previsto no artigo 199 da Constituição Federal em que consta que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, entretanto, expressamente prevê que “as instituições privadas poderão participar de forma **complementar** do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (§1º).

Muito embora no artigo 1º do decreto municipal questionado esteja reafirmado que a iniciativa privada pode participar de forma complementar dos serviços do SUS, a definição do que se entende por “complementar” extrapola as disposições da Lei n. 8080. Com efeito, pelo parágrafo único do artigo 1º. “considera-se complementar a participação da iniciativa privada quando a contratação do serviço está fundamentada na insuficiência dos serviços públicos, por meios próprios, em garantir a adequada cobertura assistencial à população”.

Entretanto, o artigo 24 da Lei 8080/90 não institui como requisito para o SUS recorrer a serviços ofertados pela iniciativa privada a insuficiência dos serviços públicos, mas a constatação de insuficiência das disponibilidades para garantir a cobertura assistencial da população. Tanto é assim que, como bem refere o autor, a Portaria de Consolidação (PRC) n. 01/2017 no seu artigo 130 prevê que “nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios foram insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada”.

Conclui-se, assim, que não basta que os serviços sejam insuficientes, há necessidade de demonstração de impossibilidade de ampliação para garantia da cobertura assistencial da população do território em questão.

O artigo 4º do decreto possibilita a participação da iniciativa privada no SUS, desde que demonstrada a insuficiência da Administração Pública em garantir a disponibilidade da adequada cobertura assistencial, por meios próprios, à população de uma determinada área, definindo em seu § 1º que a insuficiência da Administração Pública ficará caracterizada através de, no mínimo, um dos seguintes requisitos que lista, quais sejam:

“I - necessidade de cumprimento à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF);

II - impossibilidade fática ou jurídica;

III - vantajosidade dos serviços privados contratados em relação aos serviços prestados de forma direta;

IV - casos fortuitos, de força maior ou por decisões judiciais;

V - locais de difícil acesso ou com vulnerabilidade social;

VI - prejuízos ao erário ou aos usuários do SUS”.

Ou seja, no Município de Porto Alegre, a insuficiência da Administração Pública poderá se configurar com a vantajosidade dos serviços privados contratados em relação aos serviços prestados de forma direta; também poderá restar configurada em caso de necessidade de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal ou mesmo em caso de decisões judiciais. Entretanto, não é esta a diretriz traçada pelo legislador federal ao possibilitar a participação da iniciativa privada no SUS, que limitou esta possibilidade ao caso de insuficiência de disponibilidades.

Note-se que o decreto estabelece que a vantajosidade deve atender à otimização das despesas e, não, a minimização ou barateamento de custos, de forma a garantir não só a redução de despesas, mas a melhora da qualidade ou ampliação dos serviços ofertados, não havendo como compatibilizar a previsão do decreto de possibilitar a participação da iniciativa privada em caso de constatação de vantajosidade quando a previsão do legislador federal, incumbido de traçar as normas gerais, não prevê este critério.

No artigo 6o. do decreto foi instituído que a complementaridade independe de sua proporção e poderá ser composta pelas atividades de atenção primária, média e alta complexidade ou quaisquer serviços de saúde, excetuando-se planejamento, orientação, fiscalização e ordenação de recursos públicos.

Ocorre que complementariedade significa a complementação dos serviços prestados pelo ente público, ou seja, não havendo disponibilidades para a prestação de todos os serviços em determinado território, o SUS poderá se socorrer da iniciativa privada para prestá-lo. Não há dispensa, entretanto, de sua prestação ao menos em parte. Não é possível definir complementariedade como a delegação à iniciativa privada da prestação de todas as atividades da atenção primária, ou todas as prestações de saúde referentes à média ou alta complexidade. Admitindo-se que o poder público municipal entenda como vantajosa a atuação da iniciativa privada em todas as atividades da atenção primária, média e alta complexidade ou quaisquer serviços de saúde, somente atuará no planejamento, orientação, fiscalização e ordenação de recursos públicos, o que não constitui atuação complementar da iniciativa privada, mas plena na prestação de serviços à população, o que contraria o próprio conceito de SUS acima aludido.

Repito, na definição do artigo 4o. da Lei 8080/90 constitui o Sistema Único de Saúde “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. Resta claro, portanto, que cabe aos entes públicos **prestar serviços de saúde**, não sendo suficiente planejar, orientar, fiscalizar e ordenar, deixando a prestação de serviços apenas à iniciativa privada. Não há como entender complementariedade nos termos constantes do decreto porque contraria a própria definição do Sistema Único de Saúde, de modo que extrapola as normas gerais instituídas.

Diante do exposto, resta configurada a probabilidade do direito uma vez que o Decreto Municipal 20.580/2020 ao regulamentar a Lei n. 8.080/90, extrapolou as normas gerais estabelecidas pelo legislador federal.

A urgência a justificar a antecipação dos efeitos da tutela também está presente diante do informado pelo Ministério Público em sua última manifestação (evento 75) de que o demandado promoveu a contratação, por um ano, prorrogável por mais um ano, de entidades para gestão de 103 unidades de saúde de atenção primária do Município com fulcro no decreto questionado.

Deste modo, seria o caso de concessão dos efeitos da tutela para que fosse determinada a suspensão da eficácia do Decreto Municipal n. 20.580/2020.

Entretanto, não há como ignorar a situação vivenciada no Rio Grande do Sul neste momento em que enfrentada a pior fase da pandemia de COVID 19. Seria por demais temerário determinar a suspensão de todos os contratos firmados com fundamento na previsão do decreto questionado.

Informando o Parquet que o demandado transferiu a gestão da quase totalidade das unidades de atenção primária do Município para a Associação Vila Nova, Sociedade Sulina Divina Providência, Irmandade Santa Casa de Misericórdia, Hospital Restinga e Extremo Sul e IBEA-PUC e que a maioria dos contratos foi assinado em 01/09/2020, com possibilidade de prorrogação por mais um ano, razoável determinar que sejam mantidos os contratos até sua data final, não sendo possível, entretanto, novas contratações ou prorrogações.

Ante o exposto, **defiro** a antecipação dos efeitos da tutela para **determinar a suspensão da eficácia do Decreto Municipal n. 20.580/2020 a partir desta data**, mantidos os contratos firmados com Associação Vila Nova, Sociedade Sulina Divina Providência, Irmandade Santa Casa de Misericórdia, Hospital Restinga e Extremo Sul e IBEA-PUC até o término da contratação.

Deverá o Município de Porto Alegre juntar aos autos os contratos firmados com cada uma das instituições e informar a data de encerramento de cada um.

Intimem-se.

Na forma do artigo 331, parágrafo 2o, do PCP, intime-se o Município de Porto Alegre para contestar, querendo.

Documento assinado eletronicamente por **NADJA MARA ZANELLA, Juíza de Direito**, em 26/3/2021, às 18:49:0, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc1g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **10006860206v3** e o código CRC **6e74b79a**.

5028537-58.2020.8.21.0001

10006860206 .V3