

A FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ESTUDO SOBRE A EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH)

THE FLEXIBILIZATION OF THE PUBLIC LAW LEGAL REGIME IN THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES: STUDY OF THE EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (BRAZILIAN COMPANY OF HOSPITAL SERVICES – EBSEH)

ORLANDO VIGNOLI NETO¹

Resumo: Este artigo pretende analisar a flexibilização do regime jurídico de direito público na prestação de serviços públicos da ordem social por meio do estudo da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). A partir do resgate histórico da reforma neoliberal na administração pública, expõe-se como as políticas administrativas dos governos Lula e Dilma não romperam com o modelo de administração gerencial e qual o seu impacto no regime jurídico de direito público. Em razão da proposta de criação das Fundações Estatais ainda aguardar aprovação no Congresso Nacional, a EBSEH é criada sob a justificativa da suposta crise dos Hospitais Universitários. Assim, partindo da diferença material entre os conjuntos normativos que sustentam os regimes jurídicos de direito público e privado, o artigo pretende concluir demonstrando como a criação de uma Empresa Pública para a administração da saúde flexibiliza o regime jurídico de direito público constitucionalmente exigido para a prestação deste serviço público.

1 Aluno do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, estagiário no Escritório de Direitos Humanos da SEDESE/MG e membro da Assessoria Jurídica Universitária Popular da UFMG (AJUP-UFMG).
E-mail: orlandovignoli@gmail.com.

Palavras-chave: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Empresa Pública. Regime Jurídico de Direito Público. Flexibilização.

Abstract: This article proposes to examine the flexibilization of the public law legal regime in the provision of social public services through the study of the Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). Starting from a historical review of the neoliberal reform in the public administration it is showed how the administrative policies of Lula's and DilmaRousseff's governments haven't broken with the managerial public administration model, and what were its' impacts in the public law legal regime. The EBSERH is created under the justification of the waiting for the approval in the National Congress of the proposal that creates the State Foundations and the statement of an alleged crisis in university hospitals. Thus, starting from the material difference between these norms that sustain the public and private legal regimes to demonstrate how a creation of a State-owned Company in the field of health care system eases the constitutionally required Public Law regime required for the operation of this public service.

Keywords: Brazilian Company of Hospital Services. State-Owned Company. Public Law Legal Regime. Labor Flexibilization.

I. OS SERVIÇOS PÚBLICOS E SEU REGIME JURÍDICO

O direito é historicamente dividido a partir de diversas perspectivas, em relação à sua autonomia legislativa, formal, didática e material (VERÇOSA, 2008, p. 112). Uma das primeiras e mais básicas divisões realizadas no âmbito do direito consiste na divisão entre Direito Público e Direito Privado. Inicialmente, diferenciavam-se de maneira simples a partir do critério público ou particular da relação. O primeiro ao que diz respeito ao Estado e o segundo ao que diz respeito aos particulares (REALE, 2001, p. 319).

Com o fortalecimento da intervenção pública a partir do Estado Social e, posteriormente, com a constitucionalização do Direito no Estado Democrático de Direito, essa perspectiva se altera. Altera-se de tal maneira que hoje ela é inclusive questionada, pois mesmo os institutos ditos

de Direito Privado se submetem à Constituição e incorporam princípios constitucionais, devendo certa responsabilidade aos interesses públicos.

Entretanto, apesar de a diferença não ser estanque como didaticamente é apresentada, certamente existem diferenças materiais entre o Direito Público e o Direito Privado, pois sustentam um conjunto de princípios, regras, direitos e deveres diferentes na sua aplicação, com base na finalidade que se visa cumprir. Esse conjunto normativo é chamado regime jurídico. Pode-se dizer que no caso do regime jurídico de direito público prevalece o interesse geral da sociedade, de maneira que há uma relação de subordinação dos interesses particulares em relação ao interesse público do Estado. Já no caso do regime jurídico de direito privado, prevalece o interesse particular, de maneira que há uma relação de coordenação entre os agentes (REALE, 2001, p. 320).

É importante ressaltar que o regime jurídico ao qual estão subordinados determinados atos da pessoa jurídica não se confunde com a natureza de sua personalidade, seja ela pública ou privada. Normalmente há a identificação entre pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público com o respectivo regime jurídico e, certamente, ela se submete prioritariamente a ele. Entretanto, nem todos os seus atos estão enquadrados no regime jurídico de sua personalidade. É necessário ter em vista a relação jurídica constituída, – se é de natureza pública ou privada – e assim se sujeitará a um dos regimes jurídicos específicos. Essa dificuldade é frequente, principalmente ao se tratar de entidades da Administração Pública Indireta, já que, por serem entidades de direito privado, adotam, em verdade, regime jurídico “híbrido”.

De acordo com Luciana Gaspar Melquíades Duarte (2012, p. 240):

[...] o conhecimento, portanto, de um regime jurídico depende do acesso aos princípios que o embasam, dos quais derivam regras outras. Desta forma, o estudo do regime jurídico de Direito Público, especificamente no que tange ao desempenho da função administrativa do Estado, depende da compreensão dos princípios que o orientam.

Portanto, para verificar sob qual regime jurídico está sujeito determinada pessoa jurídica, é necessário compreender o conjunto normativo que a orienta, isto é, sob quais princípios e regras ela está preponderantemente subordinada.

No caso do regime jurídico de direito público, os seus princípios gerais são destacados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, como os

da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Princípios que irão compor e densificar todo o conjunto normativo desse regime jurídico. O princípio da legalidade impede que a Administração Pública atue à margem da previsão legal de sua conduta. O Estado só pode agir, portanto, conforme prevê o Direito. O princípio da impessoalidade garante a imparcialidade da ação estatal, se destinando a todos os agentes de maneira idêntica, exigindo a atuação dos agentes públicos despidos de seus interesses pessoais. O princípio da moralidade impõe que a administração pública seja coerente com a moral da sociedade. O princípio da publicidade prevê o acesso ao público de todos os atos da administração de maneira transparente. O princípio da eficiência prevê que o Estado deva ser eficiente na execução de seus serviços. De maneira derivada, existem ainda outros princípios, como os da proporcionalidade, presunção da legitimidade dos atos administrativos, autoexecutoriedade, segurança jurídica, autotutela, interesse público, motivação, especialidade, hierarquia e continuidade do serviço público (DUARTE, 2012, p. 242).

O regime jurídico de direito privado, em contrapartida, em vista a sua finalidade preponderantemente particularista, apresenta princípios diferentes, como os da autonomia da vontade, livre estipulação negocial e propriedade privada. O princípio da autonomia da vontade, em oposição ao princípio da legalidade, dispõe que a pessoa é capaz de praticar atos da vida civil, de acordo com a sua vontade autônoma, que não sejam proibidos por lei. Assim, vale a máxima que diz que tudo aquilo que não é proibido é permitido. O princípio da livre estipulação negocial tem origens na concepção econômica liberal, segundo a qual as pessoas têm a capacidade de praticar atos e negócios jurídicos de forma livre. Por fim, o princípio da propriedade privada, um dos principais na sociedade moderna, ressalta a intangibilidade da propriedade para a lógica do atual sistema. Esse princípio, antes absoluto, vem sofrendo restrições com a noção constitucional de função social da propriedade.

Dessa forma, coerentemente com essa diferença material, o ordenamento jurídico brasileiro, visando a preponderância do interesse público sobre o interesse privado, prevê que todo serviço público deva ser prestado sob o regime jurídico de direito público. Assim como coloca Alexandrino e Paulo (2011, p. 72),

[...] é importante registrar que, dentre os critérios usualmente propostos pela doutrina para a identificação de uma atividade como serviço públi-

co, o nosso ordenamento jurídico confere preponderância ao *critério formal* (concernente ao regime jurídico de execução da atividade). Dessa forma, somente se enquadram como serviços públicos, seja em sentido amplo, seja em sentido estrito, atividades realizadas sob [o] *regime jurídico de direito público*, por imposição constitucional ou legal. [grifo nosso]

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que existem atividades que em razão de seu interesse social não podem ser de titularidade de particulares. Além disso, exigem, inclusive, a concentração pela administração pública direta na prestação desses serviços, ou descentralização mínima a órgãos da administração pública indireta que se subordinam exclusivamente ao regime jurídico de direito público, sejam elas as autarquias e fundações públicas. Os princípios que devem ser observados são os do art. 37, caput da Constituição de 1988, como a legalidade, a impessoalidade e a transparência do Direito Público. São serviços fundamentais à coletividade, em que não só os interesses públicos devem estar acima dos privados, como deve seguir um *modus operandi* diferenciado.

Entretanto, com a ascensão do neoliberalismo no Brasil na década de noventa, essa norma vem constantemente sendo relativizada em todas as áreas do serviço público, de forma a buscar-se a flexibilização da atuação do Estado. É introduzida a ideia de “modernização” da gestão pública, de um modelo mais “eficiente”, em que ele deveria ser gerenciado sob os moldes das empresas privadas. Cria-se um “paradigma” da ineficiência da atuação estatal e uma exacerbação da eficiência da iniciativa privada.

Ao longo dos anos, esse discurso viria a justificar várias tentativas de um modelo de flexibilização do regime jurídico administrativo em setores fundamentalmente públicos, como na área da saúde.

2. A FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO EA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES

2.1 Resgate histórico

O neoliberalismo surge após a II Guerra Mundial e tem sua ascensão com a crise do capitalismo e do Estado Social na década de 70, tendo como principais expoentes globais o governo Thatcher no Reino Unido e o governo Reagan nos Estados Unidos. No Brasil, ele começa

a ser implementado já na década de 90, durante o governo Collor (1990-1992). Mas é no governo Fernando Henrique Cardoso (1994-2002) que ele toma corpo. É proposto então o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), coordenado por Bresser Pereira em 1995. A avaliação do governo Fernando Henrique era de que o Estado vivia uma crise fiscal que tinha entre suas causas o caráter rígido e burocrático da administração pública. Com isso, todos aqueles serviços que não fossem atividade exclusiva e inerentes ao Estado brasileiro deveriam ser descentralizados ou privatizados (GOMES, 2012, p. 20).

A partir desse programa, são aprovadas diversas emendas constitucionais, leis complementares e leis ordinárias² que tinham por objetivo a flexibilização dos serviços públicos e a privatização de atividades econômicas exploradas pelo Estado. Assim, a administração pública paulatinamente migrava para o modelo neoliberal denominado de modelo de administração gerencial. Como afirma Gomes (2012, p. 22):

O modelo da administração gerencial consiste em uma gestão semelhante a do setor privado. Para isso, propunha uma gestão baseada em metas e resultados, considerando os cidadãos como contribuintes de impostos e clientes do Estado e a flexibilização da profissionalização da administração pública enquanto estratégia. A administração gerencial influenciará todas as propostas de gestão para as políticas de Saúde que surgiram após o início da reforma do Estado.

Para que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado fosse concretizado na área da saúde, foram tentadas diversas formas de flexibilização do regime jurídico de direção e execução dos serviços públicos de saúde. A primeira proposta foi a criação das Organizações Sociais (OS's) em 1998, seguida das Organizações Sociais de Interesse Público (OSCIIP's) em 1999, e das Fundações Estatais de Direito Privado (FEDP's) em 2007. Apesar de apresentarem diferenças, todas elas têm em comum o fato de se constituírem como entes jurídicos de direito privado (GOMES, 2012, p. 21).

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.637/98, as Organizações Sociais (OS's) são “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos,

2 Como exemplo podemos citar a Lei nº 8.031/90 que instituiu o Programa Nacional de Desestatização; a Lei nº 9.637/98 que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e criou o Programa Nacional de Publicização, além de extinguir órgãos e entidades, absorvendo suas atividades por organizações sociais; e a Lei nº 9.790/99 que instituiu as Organizações Sociais de Interesse Público (OSCIIP's).

cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, qualificadas pelo Poder Executivo como tais”. Assim, organização social é uma qualidade atribuída a uma pessoa jurídica de direito privado que cumpra esses e demais requisitos previstos em lei. Reconhecendo essa qualidade, o governo firma uma parceria público-privada a partir de um Contrato de Gestão. Além disso, por serem atribuições privativas do Conselho de Administração, elas ficariam autorizadas a contratar funcionários sem concurso público, a adquirir bens e serviços sem processo licitatório, a não prestar contas a órgãos de controle internos e externos da administração pública e a estabelecer seu próprio plano de cargos, salários e benefícios, de acordo com o art. 4º, VIII da Lei nº 9.637/98³ (GOMES, 2012, p. 24).

Em razão da forte oposição feita às Organizações Sociais⁴, a criação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) foi uma tentativa do governo de criar outra proposta que tivesse mais aceitação. A sua organização, prevista pela Lei nº 9.790/99, é extremamente parecida com a das OS's, alterando-se principalmente a figura do Contrato de Gestão para o Termo de Parceria. Assim, manteve-se o vínculo com o Poder Público e ampliou o seu alcance e abrangência, atingindo setores antes não contemplados. Agora, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.790/99:

Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

Mesmo tendo a grande ascensão do neoliberalismo e o projeto de Reforma do Aparelho do Estado se iniciado no governo Fernando Henrique Cardoso, traíndo a expectativa dos diversos setores da esquer-

3 Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade.

4 Essa oposição foi feita principalmente pelo Partido dos Trabalhadores (PT) no Congresso Nacional contra a aprovação da Lei nº 9.637/98. Após a aprovação da lei, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) entraram no mesmo ano com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra a lei, dando origem a ADI nº 1.923. O pedido liminar foi indeferido, mas a ação ainda não teve o seu julgamento final.

da brasileira, esse quadro não se altera de forma significativa no governo Lula. Podemos afirmar que não houve esforços para superar as propostas do governo anterior, e que poucos foram os rompimentos com as políticas de Estado da década de 90.

Assim, em 2007 é apresentado no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 92/2007, que dispõe sobre a criação das Fundações Estatais (FE's). As Fundações Estatais seriam entidades da administração pública indireta, podendo ser criadas com personalidade jurídica de direito público ou direito privado. Nesse último caso, segundo o art. 1º do Projeto de Lei, “para o desempenho de atividade estatal que não seja exclusiva de Estado”, como na área da saúde (art. 1º, I). Com isso, a administração da saúde seria exercida por uma Fundação Estatal de Direito Privado (FEDP). Além disso, pela primeira vez vemos uma menção explícita à possibilidade de flexibilização do regime jurídico na administração dos Hospitais Universitários, que prevê em seu art. 1º, §1º considerar também, como na área de saúde, os hospitais universitários federais.

Portanto, é evidente a manutenção da política de publicização⁵ e privatização ainda no governo petista, com o ônus de se ter perdido o principal campo de oposição às medidas de flexibilização do serviço público no Congresso Nacional, já que o Partido dos Trabalhadores (PT) agora está no governo. A oposição de esquerda às FEDP's se tornam os movimentos sociais, entidades estudantis e sindicatos. Mas, apesar da pressão governista para a aprovação das FE's, até Janeiro de 2014 a matéria ainda não tinha sido aprovada (GOMES, 2012, p. 27).

Na impossibilidade de continuar esperando a aprovação do Projeto de Lei das Fundações Estatais, surge a última tentativa do governo de dar continuidade ao projeto de flexibilização do regime jurídico administrativo da saúde no Brasil. Sob o pretexto de uma suposta “crise de gestão” dos Hospitais Universitários Federais, no apagar das luzes do Governo Lula, dia 31 de dezembro de 2010, foi editada a Medida Provisória nº 520, autorizando o Poder Executivo a criar a empresa pública de direito privado denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH).

5 Publicização é a transferência da gestão de serviços públicos para entidades públicas não-estatais que o poder executivo passa a subsidiar.

2.2 A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EB-SERH)

Os hospitais universitários (HU's) são unidades hospitalares ligadas a Universidades em todo o país. Eles têm como função primordial ser um espaço de formação e atuação dos estudantes universitários da área da saúde no universo do tripé ensino, pesquisa e extensão. Além de realizar pesquisas, os hospitais fornecem atendimento assistencial à parcela significativa da população brasileira, principalmente a mais carente, além de se destacarem na realização de cirurgias e atendimentos de alta complexidade (GOMES, 2012, p. 35).

Com a incorporação dos hospitais universitários no Sistema Único de Saúde (SUS), conforme previsto no art. 45 da Lei nº 8.080/90⁶, de acordo com Gomes (2012, p. 36) houve crescimento na área de atendimento dos HU's, principalmente em razão da gratuidade, elevada tecnologia e complexidade. Entretanto, o crescimento da oferta e da demanda de atendimento nos hospitais não foi acompanhado por aumentos de recursos, tampouco pela contratação de funcionários. Devido ao financiamento reduzido e à falta de profissionais decorrente da ausência de concursos públicos, as universidades passaram a contratar funcionários terceirizados, por meio das fundações de apoio, sobrecarregando e endividando os hospitais. Todo esse panorama viria a ser chamado pelo governo Lula de crise dos hospitais universitários.

Aproveitando-se dessa suposta crise dos HU's, que posteriormente seria imputada ao seu modelo de gestão pública, o governo começou a colocar em prática o que seria a sua mais recente tentativa de flexibilização do regime jurídico dos serviços de saúde no país: a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), criada pela Medida Provisória nº 520 e convertida posteriormente na Lei nº 12.550/2011.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que todos os modelos administrativos propostos nos últimos anos, sejam as OS's, as OSCIP's, as FEDP's, e até mesmo a EBSERH, são incompatíveis com o novo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, que situa os serviços públicos sob o regime jurídico de direito público. Esse paradig-

6 Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

ma, amparado pela disposição constitucional do SUS, é de reapropriação do espaço público do serviço de saúde e sua distribuição por todos os entes federados. Assim, além de um sistema de serviço público, o SUS é um sistema centralizador, que deve ser preferencialmente prestado diretamente pelo Estado. Fica claro, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, com destaque para o art. 199, §1º, que a atuação da iniciativa privada no SUS é meramente transitória e complementar. De acordo com as lições de Weichert (2009, p. 90):

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.

O art. 3, §1º da Lei nº 12.550⁷ dispõe que os serviços prestados pela EBSERH, de acordo com a sua finalidade de prestação gratuita de serviços de assistência à saúde, estarão integralmente inseridas no SUS. Portanto, é inquestionável a prestação de um serviço público de saúde pela EBSERH. Entretanto, é extremamente questionável que uma entidade da administração indireta do Estado, com personalidade jurídica de direito privado, preste um serviço da ordem social como a saúde, que deva ser regido exclusivamente sob o regime jurídico de direito público.

Para compreender a incompatibilidade dessa medida, é preciso entender o que é uma Empresa Pública e o seu papel na administração pública.

A empresa pública, criada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, é entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei⁸ para a exploração de

7 A Lei nº 12.550 de 15 de Dezembro de 2011 é a lei que reproduz a Medida Provisória nº 520 que autoriza o Poder Executivo a criar a EBSERH.

8 A doutrina criticava a redação originária pela imprecisão, uma vez que somente pessoas jurídicas de direito

atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. É entidade descentralizada da administração, que compõe a administração pública indireta do Estado.

Como o próprio art. 5º, inciso II do Decreto-Lei nº 200/1967 preleciona, a empresa pública é uma entidade criada com a finalidade de explorar atividade econômica. A atividade econômica que a empresa pública explora é compreendida pela doutrina como *atividade econômica em sentido amplo*, prevista no Título VII da Constituição de 1988, Da Ordem Econômica Financeira. São, portanto, atividades empresariais exploradas com a finalidade de lucro (atividade econômica em sentido estrito), e também os serviços públicos, e, tão somente, passíveis de serem explorados com o intuito de lucro, de acordo com os princípios orientadores da atividade empresarial (ALEXANDRINO e PAULO, 2011, p. 75).

Assim, a Empresa Pública cumpre um papel restrito, em casos excepcionais tanto no exercício da atividade econômica quanto na prestação de serviços públicos passíveis de serem explorados com intuito de lucro. A exploração de atividade econômica é constitucionalmente reservada à iniciativa privada, de acordo com os princípios da livre iniciativa e da propriedade privada. O art. 173 da Constituição de 1988 ressalta que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo. Inclusive, de acordo com o princípio da livre concorrência, para que o Estado não concorra de maneira desleal às empresas particulares, o inciso II deste artigo sujeita a empresa pública ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Além disso, em seu §2º dispõe que as empresas públicas não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

É nesse contexto que se insere a criação de empresas públicas como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a Caixa Eco-

pública são criadas por lei diretamente. Pessoas jurídicas de direito privado, mesmo as integrantes da administração pública, como as Empresas Públicas, só adquirem personalidade jurídica com a inscrição de seus atos constitutivos no registro público competente. Assim, a Emenda Constitucional nº 19/1998 modificou a redação do inciso XIX do art. 37 da Constituição de 1988 e agora a lei autoriza a criação de Empresa Pública, que só será efetivamente criada com a inscrição de seus atos no respectivo registro (ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. Direito Administrativo Descomplicado. 19ª ed. São Paulo: Método, 2011. p.30).

nômica Federal (CEF). Percebe-se que são autorizadas enquanto empresas públicas em 1969⁹, portanto, anteriores ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Assim, cumprem essa finalidade restrita de atuação empresarial por parte do Estado na exploração de atividades econômicas.

Dessa forma, na prestação de serviços públicos a empresa pública cumpre papel excepcional, que não abrange qualquer tipo de serviço público. As empresas públicas exploram os chamados “serviços públicos passíveis de serem explorados com intuito de lucro”. São os serviços públicos tratados no art. 175 da Constituição que são passíveis de serem explorados segundo os princípios da atividade empresarial diretamente pelo Estado ou serem delegados a particulares sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. Exemplos desses serviços estão enumerados nos incisos X, XI e XII do art. 21 da Constituição, sendo eles:

[...] manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações; os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Portanto, serviços públicos que integram o Título VIII da Constituição, Da Ordem Social, como saúde e educação, não integram o gênero que compõe o rol dos serviços públicos com intuito de lucro. Assim, não se aplica a eles as previsões do art. 175 da Constituição. Nas lições de Alexandrino e Paulo (2011, p. 73):

Os serviços pertinentes ao Título VIII da Constituição de 1988 (“Da Ordem Social”) – os mais importantes exemplos são educação e saúde -, quando prestados pela administração pública, direta ou indireta, são serviços públicos em sentido estrito. Diferem, entretanto, dos serviços públicos a que se reporta o art. 175 da Carta Política em relevantes aspectos: a) não há possibilidade de serem explorados pelo Estado com intuito de lucro e b) não existe delegação de seu exercício a particulares (quando

9 O Decreto-Lei nº 509 de 20 de março de 1969 dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública e o Decreto-Lei nº 759 de 12 de agosto de 1969 autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública Caixa Econômica Federal.

tais atividades são exercidas por particulares o são como serviço privado). A execução das atividades relacionadas ao Título VII da CR/88, como serviço público, por entidades da Administração Indireta, é própria das autarquias e fundações públicas. As empresas públicas e as sociedades de economia mista foram idealizadas para se dedicarem à exploração de atividades econômicas em sentido estrito (CF, art. 173). Essa é, efetivamente, a regra geral. Existem, todavia, empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam como prestadoras de serviços públicos em sentido estrito. Nessa hipótese, é própria dessas entidades a prestação dos serviços públicos enquadrados como atividade econômica em sentido amplo, a que se refere o art. 175 da Constituição, tendo em conta o fato de que elas, tipicamente, devem adotar a estrutura característica de organizações empresariais.

É inevitável a atuação das Empresas Públicas na exploração de atividades que busquem o lucro. Em acordo com a teoria da empresa adotada pelo Novo Código Civil de 2002, a Empresa Pública certamente exerce atividade empresarial. É uma atividade econômica organizada destinada à produção de bens e/ou serviços. Portanto, independentemente do tipo de atividade que a empresa pública irá explorar, obrigatoriamente se sujeita aos princípios gerais do Direito Comercial – mesmo que parcialmente –, que compõe o regime jurídico de direito privado.

De acordo com Verçosa (2008, p. 84), o Direito Comercial mantém na atualidade características que marcam seu nascimento e sua evolução histórica, como o individualismo, o cosmopolitismo, a onerosidade e o informalismo. É também um direito de certa forma consuetudinário, indutivo e dispositivo. O cosmopolitismo decorre por ser um direito que tende a ter regulamentações internacionais, para facilitar o comércio. É individualista, pois a atuação empresarial é “egoísta” por si própria, tendo por finalidade o lucro particular. A onerosidade se relaciona com o individualismo, pois em regra é composto por atos onerosos em vista o lucro. E o informalismo, em oposição ao princípio da legalidade, vem buscar a flexibilização da atuação empresarial, que deve ocorrer de maneira ágil para acompanhar o mercado. Além disso, é um direito consuetudinário, indutivo e dispositivo por ter uma característica flexível, em constante mudança. São, portanto, princípios extremamente diversos aos que compõe o conjunto normativo do regime jurídico de direito público.

Assim, de acordo com a excepcionalidade que visa cumprir, seja intervindo na exploração de atividades econômicas em sentido estrito, seja intervindo na prestação de serviços públicos, a empresa pública adota pre-

ponderantemente um regime jurídico. No caso da exploração de atividade econômica se adotará preponderantemente o regime jurídico de direito privado, mais especificamente o regime jurídico próprio das empresas privadas. No caso da prestação de serviços públicos com intuito de lucro se adotará preponderantemente o regime jurídico de direito público. Portanto, a partir da criação da EBSEH, entende-se que a política do governo federal parte do pressuposto de que a saúde não é um serviço público diferenciado, e que a EBSEH presta um serviço público com intuito de lucro. Temos assim que ela se submete *predominantemente* ao regime jurídico de direito público, e não *completamente*, como previsto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Certamente que ao tratarmos de uma Empresa Pública o princípio do individualismo não se manifesta da mesma maneira, pois quem integra o seu capital social não são particulares, mas o Estado. Entretanto, o grande problema de colocar a saúde como serviço passível de exploração por atividade empresária não é para quem se destinarão os lucros obtidos. O problema está nos pressupostos teóricos que afirmam que *exploração* de atividade econômica e *prestação* de serviços públicos são atividades passíveis de serem desenvolvidas da mesma maneira. São, na verdade, atividades essencialmente divergentes. Os serviços públicos que tenham finalidade em si mesmo estão inseridos em uma lógica diferente da lógica do mercado. A lógica do mercado se orienta a partir dos princípios do direito privado, que é individualista, dinâmico e dispositivo. Incompatível com a lógica rígida do direito público, inerente ao que é coletivo, que é a da transparência e da legalidade.

Portanto, apesar de não visar o lucro particular, de ver a saúde como lucro sob qualquer perspectiva, é incompatível com a natureza desse serviço, em razão dos pressupostos perigosos que isso pode gerar. A saúde não é, portanto, uma atividade econômica, pois não é passível de exploração com intuito de lucro de acordo com o atual paradigma constitucional.

Mesmo se admitíssemos a possibilidade de que a EBSEH tenha como finalidade a “[...] prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade”¹⁰ como fim em si mesmo, ainda fica clara a tentativa de flexibilização do regime jurídico de direito público na gestão dos hospitais universitários. Ao não adotar integralmente o regime jurídico de direito

10 Art. 3º, caput da Lei nº 12.550/11.

público, a EBSEERH passa a deter uma série de prerrogativas legais que não possuía antes. O regime de contratação passa a ser o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e não mais a do regime jurídico único¹¹. Há a possibilidade de contratar, mediante processo seletivo simplificado, e não somente por concurso público, pessoal técnico e administrativo por tempo determinado, por meio de contratos temporários de emprego¹². Obterá “rendas provenientes de outras fontes”¹³, possibilitando a inserção de capital estrangeiro, indo de encontro ao dispositivo constitucional do SUS que proíbe a participação de capital estrangeiro. Além de ficar autorizada a patrocinar entidade fechada de previdência privada, mediante adesão a entidade fechada já existente¹⁴.

Com isso, apesar de constitucionalmente a Empresa Pública, na prestação de serviços públicos, dever se subordinar predominantemente ao regime jurídico de direito público, essa realidade está distante no caso da EBSEERH. Apesar da Lei nº 12.550 não ter repetido o artigo da Medida Provisória nº 520, que previa que a EBSEERH sujeitar-se-ia ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, esse dispositivo é reproduzido no art. 5º de seu Estatuto Social, aprovado pelo Decreto nº 7.661 de 28 de dezembro de 2011.

Por fim, a Lei nº 12.550 de 2011 confirma que a criação da EBSEERH apenas se utilizava da crise de gestão dos hospitais universitários para implementar o novo modelo de gestão para todo o serviço de saúde. No art. 17 da Lei nº 12.550/2011 está a grande manobra do governo federal para a flexibilização da gestão da saúde enquanto aguarda a possibilidade de aprovação das Fundações Estatais. O mesmo dispõe que “os Estados poderão autorizar a criação de empresas públicas de serviços hospitalares”. Assim, os Estados-membros poderão criar empresas públicas visando gerir qualquer gênero de serviço hospitalar, não se limitando à prestação de serviços hospitalares para hospitais universitários.

11 Art. 10, caput da Lei nº 12.550/11.

12 Art. 11, caput da Lei nº 12.550/11.

13 Art. 8º, IV da Lei nº 12.550/11.

14 Art. 15, caput e parágrafo único da Lei nº 12.550/11.

CONCLUSÃO

Portanto, as consequências da adoção da EBSEERH na administração dos hospitais universitários são claras.

Apesar de conter dispositivos em sua Lei que digam observar e respeitar o princípio da autonomia universitária (art. 207 da Constituição de 1988), a simples transferência da gestão do hospital universitário para uma Empresa Pública já é em si uma grande afronta ao princípio da autonomia universitária. O Estatuto Social¹⁵ da EBSEERH prevê uma organização com participação coletiva, mas esses órgãos são eminentemente consultivos, e não legitimamente decisórios. Assim, a administração propriamente dita dos hospitais não passaria pela colegialidade e transparência necessária que uma entidade ligada às universidades demanda, com representação deliberativa de todas as categorias envolvidas no processo. Em razão disso, a aprovação da EBSEERH nos respectivos Conselhos Universitários, órgão máximo de deliberação universitária, tem sido difícil. De acordo com a Frente Nacional Contra a Privatização da Saúde, na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) a aprovação da EBSEERH teve que ser colocada várias vezes em pauta e resistir a diversas mobilizações estudantis para apenas ser aprovada em regime de urgência, e é contestada por estudantes e servidores¹⁶. O mesmo se repete em diversas universidades do Brasil, como na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mobilizações sindicais, movimentos sociais e entidades estudantis em todo Brasil se manifestam contrariamente à Empresa, em geral por oposição protagonizada pelo Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Nível Superior (ANDES-SN).

Em decorrência da inconsistência do modelo de gestão apresentado pela EBSEERH, tanto politicamente quanto constitucionalmente, a ANDES-SN elaborou por meio de sua assessoria jurídica nacional um parecer alegando a inconstitucionalidade da EBSEERH. Assim, no dia 31 de outubro de 2012, a Procuradoria Geral da República ajuíza a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número 4895 no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a Lei nº 12.550/11. Nela, a Procuradoria aponta essa impossibilidade da Empresa Pública atuar na administração do SUS em decorrência da flexibilização do regime jurídico de direito público.

15 Decreto nº 7.661, de 28 de dezembro de 2011.

16 O Sindicato dos Trabalhadores das Instituições Federais de Ensino (SINDIFES) entrou no dia 23 de dezembro de 2013 com recurso contra a decisão do Conselho Universitário que aprovou a EBSEERH. Link do recurso: <http://sindifes.org.br/sindifes/admin/arquivos/recurso_contra_ebserh.pdf>. Acesso em Janeiro de 2014.

Dessa forma, por ser uma medida recente, é possível que a EB-SERH ainda apresente incoerências concretas com a sua finalidade de prestação de serviços públicos, e provavelmente a sua natureza privatista fique evidente. Enquanto isso, é preciso aguardar para se observar como essa flexibilização do regime jurídico de direito público na prestação de serviços públicos terá impacto na administração dos Hospitais Universitários e na saúde no país.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. CONSULTORIA LEGISLATIVA. **Medida Provisória nº 520**. Nota Descritiva. Fevereiro de 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490386>>. Acesso em janeiro de 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 05 outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto nº 7.661, de 28 de dezembro de 2011**. Aprova o Estatuto Social da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7661.htm>. Acesso em janeiro de 2013.

BRASIL. **Decreto nº 7.661, de 28 de dezembro de 2011**. Aprova o Estatuto Social da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7661.htm>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969**. Dispõe sobre a transformação do Departamento de Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0509.htm>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969**. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública Caixa Econômica Federal e dá outras pro-

vidências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0759.htm>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011.** Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm>. Acesso em janeiro de 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. **Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010.** Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. (EBSERH) e dá outras providências. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2010/520.htm>>. Acesso em janeiro de 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar nº 92, de 04 de junho de 2007.** Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. (EBSERH) e dá outras providências. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2010/520.htm>>. Acesso em janeiro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1923.** Relator Ministro Carlos Brit-

to. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1923&processo=1923>>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4895**. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4895&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em janeiro de 2013.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Revisitando o regime jurídico de direito público**. Artigo científico. Disponível em < <http://www.pjf.mg.gov.br/pgm/documentos/revista2012/12%20Luciana%20Gaspar%20Melquiades%20Duarte.pdf>>. Acesso em janeiro de 2013.

FARACHE, Jacob Arnaldo Campos. **O regime jurídico administrativo e seus princípios basilares**. Artigo científico. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-regime-juridico-administrativo-e-seus-principios-basilares,33107.html>>. Acesso em janeiro de 2013.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Direito Público x Direito Privado**. Artigo científico. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em janeiro de 2013.

GOMES, Hebert de Oliveira. **A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares e os Hospitais Universitários Federais**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012.

II Seminário A EBSEH e o Hospital das Clínicas da UFMG. 2012. Disponível em < http://www.youtube.com/watch?v=XF7V4PI_HPQ&list=WLwYgDY3tqzmSJ4CRG8_LpEiamK8sP3KKB>. Acesso em janeiro de 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SINDIFES. **SINDIFES entra com recurso contra decisão a favor da EBSEH**. Atualizado em 06 de janeiro de 2014. Disponível em < <http://www.sindifes.org.br/sindifes/noticia.php?id=2514>>. Acesso em janeiro de 2014.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial 1: teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis, introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

WEICHERT, Marlon Alberto. Fundação estatal no serviço público de saúde. Inconsistências. **Revista de Direito Sanitário**, v. 10, n. 1, mar/jul 2009.

RECEBIDO EM: 07/09/2013

APROVADO EM: 13/01/2014