

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – RELATOR DA
ADI Nº 4895**

AS ASSOCIAÇÕES NACIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE DEFESADA SAÚDE (AMPASA), DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS (AMPCON) e DOS AUDITORES DE CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ANTC), já devidamente qualificadas na petição de *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade nº 4895 (peça eletrônica 18), vêm, respeitosamente, apresentar **MEMORIAL** que reúne argumentos da referida petição e a valiosa fundamentação que baliza a Ação Civil Pública (**doc. 1**) ajuizada pelo Procurador da República no Distrito Federal, Peterson de Paula Pereira, junto à 5ª Vara da Justiça Federal da 1ª Região, originária das peças informativas nº 1.16.000.002788/2012-15, instauradas no âmbito da Procuradoria da República no Distrito Federal a partir de encaminhamento pelo Sr. Subprocurador-Geral da República e Procurador Federal dos Direitos do Cidadão Adjunto (PFDC), Dr. Oswaldo José Barbosa Silva, assim como os termos das Atas das Audiências Públicas realizadas pela Procuradoria da República nos Estados do Rio de Janeiro¹ e de Minas Gerais², das quais participaram representantes das referidas Associações Nacionais, que passam a expor³.

SUMÁRIO

1. A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) foi apresentada, inicialmente, como objeto da Medida Provisória nº 520, de 2010, editada no último dia de mandato do ex-presidente da República.

¹ Ata de Audiência Pública convocada pelo Ministério Público Federal no bojo do inquérito civil MPF/PRRJ nº 1.30.012.000210/2007-59. Disponível em: http://www.prrj.mpf.gov.br/arquivos_pdf/AtaCircunstanciada-EBSERH.pdf. Acesso em: 3 jun 2013.

² Ata de Audiência Pública audiência pública convocada pelo Ministério Público Federal no âmbito do procedimento administrativo cível nº 1.22.000.000784/2013-86. Disponível em: <http://www.prmg.mpf.gov.br/instituicao/banners/ata-audiencia-publica-ebserh>. Acesso em: 3 jun 2013.

³ Este Memorial foi elaborado com a colaboração técnica do Dr. **EDUARDO CÔRTEZ**, médico (CRM/RJ nº 52.23027-0), professor e coordenador da disciplina de oncologia da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), coordenador do Núcleo de Pesquisa em Câncer da Faculdade de Medicina da UFRJ, membro da Câmara Técnica de Oncologia do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), com especialização em câncer (fellowship) na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA) e ex-instrutor-adjunto de medicina da UCLA; e do Dr. **WLADIMIR TADEU BAPTISTA SOARES**, advogado (OAB-RJ nº 145.174), médico do Hospital Universitário Antônio Pedro (CRM/RJ nº 52.43986-6) e professor do Departamento de Medicina Clínica da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense (UFF), cuja visão é indispensável para a caracterização do afronta à autonomia universitária com a criação da EBSERH.

2. Naquela ocasião, e devido ao seu conteúdo, a referida MP foi alvo de críticas contundentes por parte da comunidade acadêmica, incluindo-se aí os servidores dos hospitais universitários (HUs), entre outros opositores, que organizaram uma frente de resistência à proposta do Governo Federal, inclusive mediante o ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 4588 e 4605) no Supremo Tribunal Federal (STF). A MP em comento não foi apreciada dentro do prazo pelo Senado Federal e perdeu a validade, o que resultou na perda de objeto das ADIs ajuizadas.

3. Em nova investida, o Governo Federal encaminhou, para ser votado em caráter de urgência, o Projeto de Lei nº 1.749, de 2011, disciplinando o mesmo conteúdo da extinta MP 520, que resultou na Lei nº 12.550, publicada no Diário Oficial da União de 16 de dezembro de 2011, que trata, entre outros temas, da criação da EBSERH.

4. Quatro são os principais eixos da fundamentação da inconstitucionalidade da Lei nº 12.550, de 2011, a saber:

- i) afronta aos princípios constitucionais norteadores da educação, tais como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar o pensamento e o saber, o pluralismo das ideias e de concepções pedagógicas, a autonomia universitária, a indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão, entre outros;
- ii) desvio das atividades finalísticas da universidade autárquica (ensino, pesquisa e extensão associadas à assistência à saúde) para figurinos de natureza privada previstos nos artigos 173 e 175 da Constituição para o Estado explorar atividade econômica ou explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, serviços públicos mediante política tarifária, sem que esse modelo possa ser aplicado para execução de ações de saúde e educação de caráter gratuito e universal por força constitucional;
- iii) inexistência da lei complementar prevista no artigo 37, inciso XIX da Constituição, exigida para estabelecer as áreas de atuação das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, tendo como norte os pressupostos do Programa Nacional de Desestatização (PND) que balizou os propósitos da Reforma Administrativa inaugurada pela Emenda 19, de 1998;
- iv) delegação de atribuições exclusivas conferidas ao MEC para empresa pública coordenar e supervisionar ações finalísticas das Universidades Federais, em afronta ao artigo 87, parágrafo único da Constituição.

5. Representando, pois, a implementação de uma nova modelagem jurídico institucional, que sinaliza a adoção de um modelo “flexível” de gestão, a EBSERH constitui-se empresa de natureza privada na estrutura do Estado para prestar serviços públicos de educação e saúde, constitucionalmente definidos como universais e gratuitos. Pela prestação de tais serviços, a Constituição de 1988 e a jurisprudência do STF⁴ vedam a cobrança de qualquer valor, inclusive tarifa e contraprestação assemelhada dos usuários de tais serviços.

6. Da análise esboçada da Lei nº 12.550, de 2011, nota-se que o arranjo pretendido, consubstanciado na entrega da gestão do hospital de ensino à empresa estatal, não encontra respaldo na Constituição da República, pelas razões que passa a expor.

⁴ Cite-se a Súmula Vinculante nº 12

I – DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO

7. De acordo com o exposto pelo Procurador da República na Ação Civil Pública nº 16.000.002788/2012-15, a fundamentalidade dos direitos pode ser vista no sentido material e formal. A fundamentalidade formal está ligada ao sistema constitucional positivo, entendendo-se como direito fundamental todo aquele previsto no Título II da Constituição da República (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

8. Sob este aspecto, aduz o autor da peça, não há dúvida de que o direito à educação é um direito fundamental, em razão de sua expressa previsão no artigo 6º da Constituição, que estabelece, dentre outros, a educação como direito social.

9. A fundamentalidade material parte da premissa de que os direitos fundamentais repercutem sobre a estrutura do Estado e da sociedade, sendo imprescindível, portanto, a análise de seu conteúdo. Também sob este prisma, a fundamentalidade do direito à educação é inconteste.

10. A Constituição da República enuncia, em seu artigo 205, que a “*educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”.

11. Desse preceito constitucional, infere-se que a educação possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia participativa.

12. Implica possuir cada pessoa as condições mínimas para que possa participar da vida social, se relacionando com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da comunidade que integra.

13. Por outro lado, a efetividade do direito à educação é um dos instrumentos necessários à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, da Constituição).

14. O direito à educação, portanto, é um dos indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana⁵, o que, associado ao fato de que tal direito está diretamente relacionado aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, torna indubitável a sua fundamentalidade material.

15. No que concerne à universalidade e gratuidade das quais se revestem o direito à educação, enuncia o constitucionalista José Afonso da Silva⁶ “*in verbis*”:

⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, págs. 809/810: “A educação, como processo de reconstrução da experiência, é um **atributo da pessoa humana** e por isso tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um direito a todos e dever do Estado. Tal concepção importa em elevar a **educação à categoria de serviço público essencial**, que o Poder Público impende possibilitar a todos – daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo quê a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213).

⁶ 18 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 822.

A verdade é que, se a Constituição estabeleceu que a educação é direito de todos e dever do Estado, significa que a elevou à condição de serviço público a ser prestado pelo Poder Público indiscriminadamente e, portanto, gratuitamente aos usuários, ficando seu custeio por conta das arrecadações gerais do Estado. (grifou-se).

16. Partindo dessa premissa, impende ressaltar ser incerta a constitucionalidade da prestação de serviços atinentes à educação em instituição pública de ensino - sustentada pelos cofres públicos - por empresa pública de natureza privada - que, pela sua natureza essencial, visa ao lucro, tal como a EBSEH.

17. Considerada a dicotomia empresarial - **de produzir lucro ou prejuízo** -, é de se supor que as ações do ensino da medicina e demais cursos na área de saúde serão pautadas pelo resultado que poderão produzir sob a ótica fiscal, cujo equilíbrio ou produção de excedente financeiro nem sempre é possível de alcançar quando se trata de prestação de serviços universais e gratuitos essenciais tais como educação e saúde públicas.

18. Sendo o lucro característica inerente e marcante da iniciativa privada, a EBSEH muito provavelmente não se preocupará com a promoção de uma educação “*visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” tal qual visou o constituinte ao conceber o Estado, sendo preteridas as pesquisas que não atendam às expectativas da geração de grande margem de lucro.

19. Nesse sentido, tem-se que a transferência da gestão dos hospitais de ensino à EBSEH poderia caracterizar, em um primeiro momento, o início da privatização dos serviços públicos de saúde e educação, e, ainda, o fim das pesquisas voltadas para os interesses sociais, afinal o objetivo primordial da criação de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias constituem o núcleo do **Programa Nacional de Desestatização** da década de noventa que resultou na Emenda nº 19, de 1998, também conhecida como Reforma Administrativa, que introduziu significativas alterações no Capítulo da Ordem Econômica (artigos 170 a 175), que, registra-se, não guarda qualquer relação quanto à prestação dos serviços públicos disciplinados no Capítulo da Ordem Social. No mesmo sentido, militam Santos e Adrioli⁷.

20. Os problemas oriundos da transferência da gestão, praticamente irreversível, dos hospitais de ensino para EBSEH não param por aí. Com o controle da gestão do hospital de ensino, a empresa estatal não apenas prestará apoio às universidades nas funções de ensino, pesquisa e extensão associados à assistência à saúde, senão fará às vezes da própria universidade no que tange aos cursos de medicina e demais cursos na área de saúde, já que é nos HUs onde se processa substancialmente a formação acadêmica dos alunos.

⁷ SANTOS, Robinson dos; ANDRIOLI, Antônio Inácio. Educação, globalização e neoliberalismo: o debate precisa continuar. Pela descrição acima e pela política social e educacional posta em prática no Brasil, podemos perceber que o que está se buscando é exatamente isto: **menos Estado e mais mercado**. (...) **O caso mais preocupante é o da tentativa de privatizar as universidades federais**. Se isto acontecer, as chances já escassas do cidadão pobre estudar, mesmo com a universidade pública e gratuita, acabarão definitivamente. [...] 'Com efeito, sob a lógica da disputa do mercado, trata-se de chegar à produção e comercialização de bens que permitam recuperar os investimentos feitos em pesquisa e desenvolvimento, alcançando um lucro considerável antes que outros produtos semelhantes, que atuam com propriedades similares, sejam disponibilizados no mercado pelos concorrentes. Desse modo o conhecimento é produzido tendo-se como finalidade, basicamente o lucro e não a promoção da cidadania ou o progresso da ciência em suas múltiplas áreas. **Inúmeras pesquisas extremamente prioritárias, do ponto de vista humanitário, não são desenvolvidas pelo conjunto dessas empresas, uma vez que os seus resultados não seriam fonte de lucro.**' (grifou-se). Revista Iberoamericana de Educación. Disponível em: <<http://www.rioei.org/deloslectores/905Santos.pdf>>. Acesso em 3 jun. 2013.

21. Esse arranjo inovador implica grave afronta aos artigos 206 e 207 da Constituição de 1988, que asseguram a autonomia universitária e a indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão como alicerces garantidores do livre aprender e ensinar.
22. Compondo as entidades integrantes da administração indireta constituídas na forma de autarquias ou fundações autárquicas, as Universidades Federais são vinculadas à finalidade educacional em três aspectos, quais sejam o ensino, a pesquisa e a extensão (artigo 207 da CR), e gozam de certas prerrogativas, entre elas a gratuidade do ensino público, o acesso universal e a autonomia universitária, sendo, esta última, elemento que a distingue das demais instituições descentralizadas da administração pública.
23. Com efeito, a também denominada autonomia institucional – elevada ao patamar de garantia constitucional a partir da promulgação da Constituição de 1988 – é assegurada às universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica com fito na concretização de seu mister constitucional, encontrando previsão explícita no artigo 207 da Carta da República.
24. Além de contemplar a autonomia universitária, instrumento que protege as universidades das interferências exógenas em seus assuntos didático-científicos, administrativos e de gestão financeira e patrimonial, o dispositivo em comento também contempla o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, elementos estruturantes do modelo de universidade hoje em vigor.
25. Nesse ínterim, sendo a autonomia universitária consectário do direito fundamental de educação, diga-se, elemento predisposto à sua tutela, submete-se ao mesmo regramento constitucional aplicável ao seu elemento estrutural, sujeitando-se, pois, unicamente, às restrições contempladas na própria Carta Magna.
26. Dada a sua superioridade no ordenamento jurídico, a garantia constitucional da autonomia universitária tem o condão de manchar com o vício de inconstitucionalidade qualquer norma infraconstitucional que lhe contrarie, sendo esta característica inerente às próprias normas constitucionais.
27. É o constitucionalista José Afonso da Silva que apresenta o conceito de autonomia, reverberando que ela é “*a capacidade de agir dentro de círculo preestabelecido*”⁸, importando, pois, na possibilidade da instituição de ensino de auto-organizar-se e estabelecer os regramentos a que as suas unidades estarão submetidas, sem interferências externas, sob pena de comprometer o direito do cidadão de livre aprender e pensar.
28. Com potencial de centralizar os orçamentos de 45 hospitais de ensino federais, que podem totalizar **R\$ 6 bilhões** anuais⁹, a EBSEERH certamente despertará o interesse de diversos partidos políticos¹⁰ pelo seu comando, indicação de cargos¹¹ e demais

⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros: 2003, p. 482.

⁹ Ata da Audiência Pública Circunstanciada do Debate sobre a EBSEERH realizada pela Procuradoria da República no Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.prrj.mpf.gov.br/arquivos_pdf/AtaCircunstanciada-EBSEERH.pdf. Acesso em: 5 jun 2013.

¹⁰ **Partidos brigam por estatais, que vão investir R\$ 107 bilhões em 2011. Empresas atraem a cobiça dos partidos, que brigam para ocupar vagas nos pelos menos 612 postos nas companhias.** Jornal O Estado de São Paulo de 4 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2010/11/04/internas_economia.190261/partidos-brigam-por-estatais-que-vaio-investir-r-107-bilhoes-em-2011.shtml. Acesso em: 3 jun 2013

¹¹ **Partidos brigam por diretorias de Petrobras e Furnas.** Site da Estatal Eletrosul. “... Petistas reforçaram a reivindicação por diretorias da Petrobras e de Furnas. O PMDB insiste em entrar na estatal do petróleo, e o PP não aceita perder a diretoria que ocupa lá. A deputada Maria do Carmo (PT-MG) deixou o encontro enfatizando que a bancada do PT insistirá na indicação de Alan Kardek para a diretoria de Abastecimento da Petrobras. Kardek é ex-gerente executivo de abastecimento da estatal, e a indicação tem o apoio de Mares Guia. O PT de Minas quer a nomeação de um técnico do estado para uma diretoria de Furnas. Segundo o deputado Odair Cunha (PT-MG), o estado perdeu espaço na

formas de influência e clientelismo. Por cifras inferiores¹², partidos políticos se lançam em disputas fratricidas pelo comando de outras estatais federais.

29. No caso da EBSERH, com orçamento que pode chegar ao volume mencionado, a luta partidária por espaços na empresa tende a ser infinitamente maior, dado que as atividades desempenhadas pela estatal tocam, diretamente, em direitos fundamentais do cidadão como o acesso à educação e à saúde.

30. Diante dessa realidade fática, nunca é demais rememorar as lições do jurista e professor emérito da Universidade de São Paulo (USP), Dalmo de Abreu Dallari, no sentido de que **“saúde é um instrumento de negociação política, pois tem representação econômica, podendo ser tratada como mercadoria, razão pela qual há necessidade de o Estado atuar como o principal garantidor de saúde à população, já que a sua ausência na oferta desses serviços pode colocar o cidadão refém dos interesses econômicos”**¹³.

31. Suscetível a inúmeras variáveis exógenas, muitas delas decorrentes do fisiologismo partidário e das vicissitudes do clientelismo presente na relação de agentes públicos e privados com a Administração Pública, a transferência da gestão dos hospitais de ensino para EBSERH fere de morte os princípios constitucionais balizadores da educação.

32. Ao ponto que se chega, é possível afirmar que a decisão que abrir mão da gestão do núcleo das Faculdades de Medicina não apenas afrontará a autonomia universitária (didático-científica e de gestão administrativa, financeira e patrimonial), mas, sobretudo, garrotará os princípios petrificados no artigo 206 da Lei Maior, tais como a **liberdade de aprender** (do aluno), de **ensinar** (do professor), de **pesquisar** (dos alunos, docentes e usuários beneficiários das pesquisas) e **divulgar o pensamento** e o **saber** (de toda comunidade acadêmica e da sociedade), o **pluralismo das ideias e de concepções pedagógicas**.

33. Questões de relevo entram nessa equação: número de leitos, de professores, de alunos, fonte primordial de financiamento (orçamento do Ministério da Educação ou do Sistema Único de Saúde) e, em especial, as especialidades vocacionais que constituirão o “carro-chefe” do hospital de ensino, pois o HUs é componente determinante do *currículum* clínico para medicina e demais especialidades de saúde.

34. Os riscos são ainda maiores quanto às pesquisas na área de saúde, podendo gerar efeitos negativos reflexos a toda comunidade acadêmica. Sabe-se que o descontentamento de determinados grupos com as decisões do STF sobre as **pesquisas**

estatal com a saída de José Pedro de Oliveira e a entrada de Luiz Conde (PMDB) na presidência de Furnas. — Minas precisa recuperar espaço em Furnas ... **A coalizão deve equalizar os espaços. O PT tem que entender que isso precisa acontecer para ajudar o governo Lula — avisou Henrique Alves. O líder do PT, deputado Luiz Sérgio (RJ), reage: — Os aliados fazem isso para conquistar mais espaço.**”. Disponível em: http://www.eletrosul.gov.br/gdi/gdi/index.php?pg=cl_abre&cd=gfmbXa0~%7CUcec. Acesso em: 3 jun 2013.

¹² **Dilma decide afastar diretoria de Furnas.** Jornal Valor Econômico de 1º de fevereiro de 2011. “Após uma semana de intensa negociação, a presidente Dilma Rousseff decidiu afastar a diretoria de Furnas, estatal objeto de denúncias de corrupção e de uma **disputa suicida** entre PMDB e PT. O novo comando da empresa será constituído de nomes técnicos, segundo um acordo firmado entre o Palácio do Planalto e o PMDB, no fim de semana, e deve servir de modelo para o preenchimento dos cargos do segundo escalão do governo. (...) A negociação sobre Furnas, a principal estrela do sistema Eletrobras, **com Orçamento na faixa de R\$ 1,4 bilhão**, envolveu os principais nomes da República. **Coisas do aparelhamento do governo pelos partidos responsáveis por sua sustentação política**, uma contradição na qual cabem governistas que ao mesmo tempo são oposição.” Disponível em: <http://www.valor.com.br/arquivo/870339/dilma-decide-afastar-diretoria-de-furnas>. Acesso em: 3 jun 2013.

¹³ DALLARI, Dalmo. I Congresso Brasileiro de Direito e Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Ceará e Ministério Público do Estado do Ceará, 2011. Disponível em: <http://sindilegis.jusbrasil.com.br/noticias/2853955/representante-do-sindilegis-palestra-ao-lado-do-jurista-dalmo-dallari-em-congresso-da-oab>. Acesso em: 3 jun 2013

com células-tronco e outras na área de saúde é uma das motivações¹⁴, senão a principal, para apresentação e votação relâmpago da Proposta de Emenda Constitucional nº 33, de 2011, que pretende restringir os poderes de julgamento da Corte Suprema.

35. Sujeita a motivações político-partidárias, ideológicas e outras assemelhadas, as pesquisas desenvolvidas nos hospitais de ensino, que passam a ser geridos pela EBSEH, podem ficar consideravelmente comprometidas pela influência de fatores exógenos, exatamente o que o constituinte quis afastar ao prever um arcabouço normativo específico para a educação e as universidades.

36. A pesquisa realizada no ambiente universitário, porém, não pode ficar refém de ideologias várias, sob pena de atentar contra a livre manifestação científica, seara que nem mesmo o STF adentrou¹⁵. Por isso a preservação da autonomia didático-científica e de gestão universitária é fundamental, de forma a assegurar independência funcional aos docentes, pesquisadores, alunos e residentes no caso das questões afetas à medicina.

37. Ao relatar a ADI 3510-0, a ministra Ellen Gracie foi feliz ao registrar que o STF não é uma Academia de Ciência. Ressalta que se equivocam aqueles que enxergaram na Corte Suprema a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Registra, ainda, que essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo.

38. Foi exatamente para amparar estudos envolvendo diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos - em especial quando o estudo pode gerar algum reflexo sobre a vida humana -, que o constituinte inseriu a pesquisa na tríplice indissociável do artigo 207 da Constituição de 1988, sob o manto da universidade autárquica a qual foi assegurada autonomia didático-científica e de gestão, como meio de assegurar as garantias constitucionais da liberdade de pensamento e da livre expressão da atividade científica, sem a qual [autonomia] o terreno da pesquisa pode ficar árido demais ou até mesmo intransitável.

39. Considerada essa realidade e analisando a questão sob uma perspectiva mais alargada, os princípios educacionais insculpidos nos artigos 206 e 207 da Carta Política são, na verdade, a tradução genuína e inequívoca de duas garantias individuais petrificadas pelo artigo 5º da Constituição de 1988: a liberdade de pensamento (inciso IV) e a livre expressão da atividade intelectual e científica (inciso IX), cuja previsão não é restrita a este dispositivo, passando toda Lei Fundamental.

40. Sob essa ótica constitucional cristalizada, **nenhuma universidade federal é autônoma para deixar de ser autônoma**, pois as universidades públicas não pertencem aos seus Reitores, tampouco aos membros do Conselho Universitários e Diretores dos

¹⁴ **Fonteles: PEC responde à "ferocidade autoritária" do Judiciário.** O deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), autor da PEC 33, reagiu hoje às críticas que recebeu de articulistas da grande mídia e do ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes. ... Ele admite, porém, que a PEC nasceu de uma tentativa de frear invasão do Judiciário nas atribuições do Congresso. "O Judiciário está violando a Constituição e invadindo a função legislativa já há muitos anos", afirmou. Citou exemplos: fidelidade partidária, verticalização das eleições, número de vereadores, cotas, células tronco embrionárias, aborto de anencéfalos, união homoafetiva, royalties do petróleo e PEC dos precatórios." Sobre a sugestão da colonista Cantanhêde de que, como "deputado cristão", ele estaria se insurgindo contra decisões vistas como progressistas do STF — células tronco, aborto de anencéfalos e união homoafetiva, por exemplo -, o deputado disse que o STF é "um poder de origem monárquica", que serve ao interesse conservador mas usa algumas de suas decisões para se apresentar como "moderno". Ele admite, porém, que a PEC nasceu de uma tentativa de frear invasão do Judiciário nas atribuições do Congresso". Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/politica/nazareno-fonteles-reage.html>. Acesso em: 3 jun 2013

¹⁵ Cite-se a ADI 3510-0

HUs, mas, sim, pertencem à sociedade, razão pela qual o constituinte consagrou no artigo 206 os princípios da liberdade de ensinar, aprender, divulgar o pensamento e o saber (inciso II), assim como a gestão democrática do ensino (inciso VI).

41. Consideradas verdadeiras essas premissas, os artigos 1º a 17 da Lei impugnada violam direitos e garantias individuais que não podem, sequer, ser objeto de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los, tendo em vista a barreira imposta pelo artigo 60, § 4º da Carta Política.

Efeitos da Não-Realização de Concurso Público para os Hospitais de Ensino

42. A política do Governo Federal, que há décadas exclui, unilateralmente, os pedidos de autorização das Universidades Federais para realização de concursos públicos para os hospitais de ensino, compromete não apenas a formação de gerações de estudantes de medicina, mas o atendimento à população e à dignidade dos pacientes e dos docentes, que precisam ser disputados por um número cada vez maior de alunos.

43. O efeito desse desequilíbrio entre aluno/leito/professor não poderia ser mais perverso, pois não raras vezes gera desconforto, constrangimento e até mesmo sofrimento para o paciente, que precisa ser submetido a repetidos procedimentos clínicos de modo a proporcionar o aprendizado, ainda que precário, de um número cada vez maior alunos, já que essa é a vocação de um hospital-escola, qual seja, promover o ensino acadêmico.

44. Os docentes alertam que sem emergência em funcionamento, pacientes com colagenoses, doenças graves de fígado, transplantados, dentre outras doenças graves, não têm acesso a serviços de saúde caso necessitem de atendimento nos finais de semana ou em horários noturnos.

45. O problema vai além do atendimento aos pacientes, afetando também a formação acadêmica. Sem emergência, o HU não consegue credenciamento para o desenvolvimento de pesquisas científicas clínicas e de avaliação de novas tecnologias diagnósticas e terapêuticas. Esse é um dos fatores críticos de transferir para a EBSEH a competência de definir o perfil do hospital de ensino e sua gestão.

46. Um hospital sem emergência, por exemplo, não cumpre os protocolos nacionais e internacionais que exigem a garantia de atendimento ao paciente, a qualquer hora e dia da semana, de forma a não apenas assegurar assistência à saúde, mas também propiciar o monitoramento na hipótese de ocorrer algum evento adverso durante o curso da pesquisa.

47. Afirmam os docentes que é impossível cumprir o protocolo mínimo exigido em pesquisas com seres humanos com a descontinuidade dos serviços de urgência e emergência. Com efeito, tem-se comprometido o desenvolvimento profissional dos docentes e, pior, sonega-se dos alunos a experiência na realização de pesquisas importantes para o seu processo de formação acadêmica no curso de medicina e em outras áreas de saúde.

48. Esse, sem dúvida alguma, constitui um dos maiores e irreparáveis prejuízos sociais e científicos, pois o hospital de ensino que mantém professores e alunos à margem das linhas de pesquisas não forma bons médicos e futuros docentes para as Faculdades de Medicina do país, além de sonegar da população inúmeros benefícios que pesquisas na área

de saúde podem proporcionar, sendo o principal a possibilidade de salvar vidas e evitar prejuízos humanos e econômicos para a nação.

Iniciativa Legislativa e Autonomia Financeira Asseguradas às Universidades

49. A jurisprudência do STF reconhece, no escopo da autonomia prevista no artigo 207, a competência das universidades de exercerem, direta e intransferivelmente, a **iniciativa legislativa** (de elaborar o projeto de lei) quando se trata de questões afetas ao campus universitário (ADI 2367-MC).

50. Com base nesse precedente, e considerando que a elaboração da proposta orçamentária constitui matéria inserida na órbita da autonomia financeira assegurada às universidades em igualdade de condição assegurada ao Ministério Público, à Defensoria Pública Estadual e aos Tribunais do Poder Judiciário, deve a universidade incluir a dotação orçamentária específica e suficiente para cumprir os requisitos constitucionais (artigo 169, § 1º) e da Lei de Responsabilidade Fiscal (artigos 15 a 17) e realizar os concursos públicos exigidos pelos órgãos de controle com vistas a substituir os agentes terceirizados contratados irregularmente, sem comprometer a prestação dos serviços de saúde ofertados à população durante o período de transição.

51. É também o STF que determina, por meio de diversos julgados¹⁶, que as universidades devem observar as normas que regem o orçamento e as despesas com pessoal fixadas pelo artigo 165, § 5º, inciso I e 169 da Constituição. Assim sendo, compete a universidade elaborar sua proposta orçamentária, sem que o Poder Executivo possa fazer supressões unilaterais como vem fazendo e impedindo que as universidades cumpram as decisões dos órgãos de controle.

52. Da mesma forma que o Poder Executivo não pode fazer cortes nas propostas orçamentárias dos órgãos com autonomia administrativa, financeira e patrimonial garantida pela Constituição, o mesmo deve ser observado com a proposta das universidades, em homenagem à simetria entre os artigos 99 e 207 da Constituição no que tange à dimensão dessas duas autonomias e o risco que o seu descumprimento acarreta para a autonomia funcional e didático-científica respectivamente. Cite-se, por simetria constitucional explícita, a **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão** (ADO) nº 18.

53. A autonomia administrativa, financeira e patrimonial assegurada aos tribunais do Poder Judiciário e ao Ministério Público é tão essencial para a autonomia funcional desses órgãos como o é para a autonomia didático-científica das universidades, que se demonstra "*irmã-siamesa*" da livre expressão da atividade intelectual e científica tão necessária ao ambiente acadêmico.

54. A autonomia do Ministério Público e a autonomia didático-científica das universidades, ambas alicerçadas na autonomia administrativa e financeiro, não servem para que professores-médicos, médicos, pesquisadores e procuradores possam fazer o que bem entendem, e sim para que os agentes vinculados a essas instituições – cujas funções precípuas são a formação acadêmica e a defesa da lei – possam desempenhar as respectivas funções institucionais com independência profissional, sem que para isso seja necessário

¹⁶ (ADI 1.599-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-1998, Plenário, DJ de 18-5-2001.) No mesmo sentido: RE 561.398-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009; RE 585.554-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 16-6-2009, Segunda Turma, DJE de 1º-7-2009

pedir a bênção ao chefe de plantão sobre como e o que ensinar, pesquisar e assistir ou o que contestar em juízo, já que o resultado dessas ações pode perfeitamente contrariar os anseios políticos do Chefe do Executivo, que, em geral, sai contrariado.

55. Nunca é demais rememorar que a autonomia da universidade não é exercida pela escolha de sua renúncia, pois ou a instituição oficial de ensino é universidade e autônoma ou não é universidade, já que autonomia é irrenunciável, tanto para o Ministério Público e Judiciário, quanto para universidade, sob pena de desfigurar os fins a que foram destinadas tais instituições constitucionais.

56. Conforme assinala o Procurador da República autor da Ação Civil Pública, o que confere a característica de hospital universitário é justamente o fato de o mesmo constituir uma célula da universidade - instituição de ensino superior -, esta dotada de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial inaugurada pelo artigo 207 da Constituição, cuja previsão constitui a quebra de paradigma em relação à Constituição de 1967 e suas alterações posteriores, as quais marcaram a *Era de Chumbo*.

57. Enquanto a Nação brasileira for guiada pela Carta de 1988, cujo texto buscou reunir as reivindicações que Ulysses Guimarães conceituou no seu discurso de Promulgação como “*representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto*” que *passou a vigorar e, “como caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio*”, a universidade pública está positivamente “condenada” a ser livre e autônoma nos termos e limites da Lei Maior bem demarcados na jurisprudência do STF¹⁷.

58. Nesse cenário de estabilidade política e social, não há espaço para apartar da universidade quaisquer dos núcleos essenciais para formação acadêmica, especialmente em se tratando de unidades onde são realizadas ações de assistência à saúde fundamentais para a plenitude da grade curricular do ensino, a pesquisa e a extensão do curso de medicina e demais áreas de saúde.

59. Para que a universidade possa, realmente, desempenhar com autonomia didático-científica as funções constitucionais que lhe corporificam como tal, mister se faz que a mesma se encontre amparada por uma boa equipe de profissionais, com formação nas mais diversas áreas do conhecimento científico, que integre o quadro permanente da própria universidade, pois, somente dessa forma, o ensino, a pesquisa e a extensão, em especial na área de saúde, poderão ser realizados com a dignidade que o cidadão merece e exige do Estado brasileiro.

¹⁷ Decisões do STF: “O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização.” (ADI 1.599-MC, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgamento em 26-2-1998, Plenário, DJ de 18-5-2001.) No mesmo sentido: RE 561.398-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009; RE 585.554-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 16-6-2009, Segunda Turma, DJE de 1º-7-2009.

60. Nota-se, a partir das bases inauguradas pela Lei impugnada na ADI nº 4895, que a quebra da **autonomia universitária** é o **ponto nodal** da discussão, sem a qual todos os demais princípios constitucionais e legais norteadores da educação ficam desfigurados.

Autonomia na Visão dos Docentes das Faculdades de Medicina

61. Se a quebra da autonomia universitária produz efeitos negativos ao processo de formação de forma geral, no caso do curso de medicina esses efeitos vão além, atingindo a população em geral, usuária dos serviços de saúde, seja na rede pública ou na privada.

62. De acordo com o Dr. Eduardo Côrtes, médico e professor da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), que detém o maior complexo hospitalar do País, o hospital universitário é determinante para garantir que o ensino, a pesquisa e a extensão (ou residência médica) sejam, de fato, indissociáveis e se processem no mesmo ambiente e sob a mesma orientação acadêmica, pois são elementos que integram uma só engrenagem do aprendizado, sem a qual o processo de formação dos médicos fica simplesmente comprometido, com elevado potencial de dano à população em geral.

63. Destaca que a residência média oferecida nos hospitais de ensino, que significa treinamento em serviço, prevista como um dos elementos indissociáveis da tríplice referida no artigo 207 da Constituição, assim como seus cursos de mestrado e doutorado em medicina têm a função precípua não apenas de treinar o profissional, mas, sobretudo, formar os futuros professores para os cursos de medicina oferecidos pelas universidades brasileiras.

64. Ressalta, ainda, que na maioria dos países desenvolvidos nenhum profissional pode abrir consultório apenas com diploma de graduação em medicina, sem comprovar a conclusão da residência médica, parte fundamental do processo de formação acadêmica dos médicos, pois qualquer erro ou falha no procedimento médico pode causar sérios danos ao indivíduo ou mesmo **custar vidas**.

65. Para o professor, o hospital de ensino precisa, necessariamente, ser um hospital geral mantido, primordialmente, com recursos públicos consolidados, para fins do orçamento, no órgão superior “Ministério da Educação (MEC)” e não um hospital especializado como podem se transformar os HUs se forem geridos de acordo com as diretrizes e os anseios da EBSEH e do Ministério da Saúde, conforme sinaliza a minuta do contrato de adesão, a Lei nº 12.550, de 2011, e algumas propostas que tramitam no Congresso Nacional.

66. Na visão do médico e professor, tais hospitais precisam ser gerais e mantidos pelo MEC porque um estudante de medicina, por exemplo, necessita ter experiência com várias doenças para seu treinamento, e não apenas um ou outro tipo de enfermidade de média ou alta complexidade.

67. Também esclarece que a política de gestão adotada no hospital de ensino interfere, direta e sensivelmente, no *currículo* do curso de medicina, podendo em curto espaço de tempo subverter a grade curricular das respectivas Faculdades, o que certamente provocará reações das comunidades científica e acadêmica, além dos prejuízos irreparáveis que isso pode acarretar à população.

68. Para o docente, hospitais especializados em determinada área específica não formam médicos clínicos, no máximo contribuem para a especialização do aluno que, antes, precisa consolidar sua formação acadêmica básica em um hospital-escola com a conformação de hospital geral, que lhe possibilite ter contato e experiência prática em salvar vidas nas mais variadas hipóteses de enfermidade.

69. Todos esses argumentos foram levantados pelo Professor Dr. Eduardo Côrtes durante sessão plenária do Conselho Federal de Medicina¹⁸ do dia 18 de abril de 2013, órgão máximo incumbido não apenas de fiscalizar o exercício regular da profissão dos médicos, mas, sobretudo, zelar pela formação acadêmica de seus representados.

70. Após avaliar os argumentos favoráveis e contrários ao figurino de gestão “flexível” e inovador inaugurado com a criação da empresa estatal para prestar, a um só passo, serviços de educação e saúde, “*os conselheiros entenderam que a criação da EBSERH constitui medida que implica riscos para a sociedade*”, pois “*agride a autonomia do sistema educacional e pode comprometer o funcionamento dos serviços de assistência em saúde públicos ancorados nos hospitais universitários e de ensino*”¹⁹.

71. A deliberação contrária à EBSERH foi por unanimidade e a posição do Conselho que representa juridicamente mais de **388 mil médicos** do Brasil foi levada ao STF por meio da petição de *amicus curiae* objeto da peça eletrônica nº 61 da ADI 4895.

72. Esses argumentos do docente também balizaram o Parecer final do Procurador-Geral da República na ADI em questão, conforme itens 28 a 33 da peça eletrônica nº 70, de 27 de maio de 2013.

73. Na mesma marcha batida segue o advogado, médico e professor do Departamento de Clínica Médica da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense (UFF), Dr. Wladimir Tadeu Baptista Soares. Para o docente, é evidente que a perda da gestão plena do hospital de ensino abre espaço para mudanças substanciais no *currículo* do curso de medicina à revelia das diretrizes didático-científica da respectiva Faculdade, já que a definição desse *currículo* está diretamente associada à gestão implantada no hospital de ensino, que poderá ficar a cargo da EBSERH a partir da Lei impugnada.

74. Segundo o professor, o escopo do *currículo* do curso de medicina é indissociável do hospital de ensino, já que a gestão do HU interfere, irremediavelmente, na sua concepção, razão pela qual a transferência da gestão para EBSERH das unidades acadêmicas onde se processa a maior parte do ensino do curso de medicina (no geral, a partir do terceiro ano do curso de medicina), a pesquisa na área da saúde e a extensão afronta os princípios constitucionais sacramentados nos artigos 206 e 207, notadamente no que tange à liberdade de ensinar e de aprender, o pluralismo das ideias e concepção pedagógica, assim como à autonomia didático-científica assegurada às universidades autárquicas.

75. Relembra que os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao SUS mediante **convênio**, preservada a sua autonomia, inclusive em relação

¹⁸ VITÓRIA DA ANTC, AMPCON, SINDILEGIS & MÉDICOS DA UFRJ. Disponível em: <http://www.controleexterno.org/index.php?secao=noticia53>. Acesso em: 3 jun 2013.

¹⁹ CFM participa de ação que denuncia inconstitucionalidade na criação da Ebserh. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23758:cfm-participa-de-acao-que-denuncia-inconstitucionalidade-na-criacao-da-empresa-brasileira-de-servicos-hospitalares-ebserh&catid=3. Acesso em: 3 jun. 2013.

ao patrimônio, ao quadro de pessoal, aos recursos financeiros e à tríade indissociável do ensino, pesquisa e extensão, conforme prevê o artigo 45 da Lei nº 8.080, de 1990.

76. Essa previsão apresenta-se harmônica com o mandamento maior, já que a gestão dos HUs está umbilicalmente ligada ao processo de formação acadêmica de médicos, residentes e demais profissionais de saúde, sendo essa a vocação primordial de um hospital de ensino que, frise-se, deve ser geral e não especializado, daí a necessidade de ficarem vinculados à universidade, de forma a serem protegidos de fatores externos que podem comprometer o processo de formação dos alunos.

77. Conclui o docente no sentido de que separar a gestão da tríade indissociável é tornar letra morta a vontade do constituinte de 1988. Desconsiderar a modelagem tão bem delineada pelo artigo 207 da Constituição, no afã de transformar os HUs em meras unidades de saúde vocacionadas para atender as demandas do Ministério da Saúde, é uma irresponsabilidade com as gerações futuras, na medida em que a formação dos futuros médicos e dos futuros professores das Faculdades de Medicina ficará comprometida, ou, pior ainda, a política de ensino na área de saúde poderá ser reduzida ao “**programa de importação de médicos**” de outros países - vizinhos ou não - à margem da validação dos diplomas que se pratica em todo mundo.

78. Nesse sentido, é oportuno ressaltar que a parte final da redação dada ao artigo 3º da Lei em foco, que dispõe sobre a transferência de atividades finalísticas da universidade autárquica para empresa pública com personalidade jurídica própria e autonomia de gestão, traduz nada mais nada menos do que uma prescrição vazia, um jogo de palavras sem efetividade concreta no que tange à passagem que prevê a observância do artigo 207 da Constituição, razão pela qual seu cumprimento é juridicamente impossível.

79. Tal dispositivo legal, pode-se dizer, não ostenta validade no plano fático, simplesmente porque a sua essência não reflete, no contexto geral da norma, os verdadeiros pressupostos constitucionais insculpidos nos artigos 206 e 207, especialmente no que concerne à gestão universitária de forma autônoma e a indissociabilidade de ensino, pesquisa e extensão como pressupostos fundamentais para assegurar a autonomia didático-científica na definição do *currículum* acadêmico, o qual, no que diz respeito ao curso de medicina, está umbilicalmente ligado ao rumo e à gestão adotada no hospital de ensino.

Irreversibilidade Fática do Contrato com a EBSEH

80. No campo da gestão administrativo-fiscal, há um fator que também compromete a autonomia das universidades federais: a **irreversibilidade do contrato no plano fático**. Isso porque, uma vez rescindido o contrato, os empregados públicos contratados pela EBSEH para a gestão dos hospitais de ensino não poderão ser incorporados aos quadros das universidades autárquicas federais, sob pena de afrontar o princípio constitucional do concurso público e fraudar a decisão do STF na ADI nº 2135, que restabelece o regime jurídico único e impede a coexistência de empregados públicos e servidores efetivos.

81. Diante da impossibilidade fiscal de duplicar o número de agentes públicos (servidores efetivos da universidade autárquicas e empregados da EBSEH), será inevitável a universidade ficar aprisionada à EBSEH.

II - FIGURINOS PRIVADOS PARA ESTADO PRESTAR SERVIÇOS DE EDUCAÇÃO E SAÚDE

82. O debate sobre os figurinos de natureza privada para executar atividades finalísticas de Estado custeadas com recursos dos orçamentos públicos (orçamentos fiscal e da seguridade social) passa pela rápida análise do modelo de organização do Estado brasileiro para o exercício das funções públicas.

83. Na petição inicial, o procurador-geral da República aduz que as normas impugnadas da Lei nº 12.550, de 2011, violam o artigo 173, § 1º da Constituição. Ataca o figurino de empresa pública para execução de atividades finalísticas de Estado, como são o ensino, a pesquisa e a extensão a cargo das universidades autárquicas e a assistência à saúde prestada à população pelos HUs e pelos demais hospitais federais conveniados ao SUS.

84. A Advocacia-Geral da União (AGU), por meio de sua manifestação (itens 29 a 36), na vã tentativa de desqualificar a petição inicial, alega que o artigo 175 da Constituição diz incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos.

85. No entendimento da AGU, tal previsão permitiria a constituição de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias para prestação de quaisquer serviços públicos. Para tanto, cita o RE 599.628 e apresenta, como exemplos supostamente comparáveis à EBSEH, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Esses são os argumentos da AGU para defender a EBSEH.

86. O esforço argumentativo, porém, não tem como prosperar. A intervenção do Estado no domínio econômico pode ser regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória. A atuação direta do Estado no domínio econômico se processa por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, explorando atividade industrial ou comercial, nos termos do artigo 173 da Constituição, ou prestando serviços públicos mediante **política tarifária** como prevê o artigo 175.

87. Nesse sentido, a alegação da AGU não poderia ser mais descabida. No cenário de intervenção estatal na economia, inserem-se a exploração de petróleo pela Petrobrás, atualmente em regime de concorrência com empresas privadas; a execução e o controle dos serviços postais pela ECT em regime de monopólio e mediante cobrança de tarifa; a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica pela Eletrobrás; a exploração direta de serviços públicos de energia elétrica inseridos na competência exclusiva da União pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (Chesf) e diversas concessionárias federais, mediante cobrança de tarifa; a exploração de serviços aeroportuários pela Infraero igualmente mantido pela respectiva cobrança de tarifa; entre outras hipóteses cujo objeto seja explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços mediante política tarifária.

88. É notório o ponto em comum entre essas empresas de direito privado: Todos os serviços públicos são prestados em cenário de explícita relação de consumo,

mediante **pagamento de tarifa** por parte do usuário (artigo 175, parágrafo único, inciso III da CR²⁰), sem o qual o consumidor não usufrui do serviço público.

89. O regime privado dispensado à Eletrobrás, à Eletronorte, à Petrobrás, à Chesf, à ECT e à Infraero decorre da autosuficiência econômico-financeira para custear suas despesas mediante cobrança de tarifa ou venda de produto aos usuários ou consumidores, sem que tais entidades de direito privado dependam, para sua manutenção, de recursos do Tesouro Nacional, ou seja, de receitas que integram os orçamentos públicos da União provenientes da arrecadação de tributos, cuja aplicação requer a adoção de um regime administrativo especial.

90. Nesse escopo jurídico do artigo 175 da Constituição, invocado equivocadamente pela AGU para defender a criação da EBSERH, as concessões e permissões de serviços públicos podem ser feitas à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. Nota-se que o Estado se desincumbe da manutenção do serviço nessa modalidade, o que não pode ocorrer com os serviços públicos, universais e gratuitos, de educação e saúde.

91. Nesse cenário de risco, tipicamente mercantil, a prestação de serviço se dá mediante política tarifária, cuja tônica deve ser a modicidade das tarifas, com possibilidade de interrupção do serviço após prévio aviso por inadimplência do usuário. A política tarifária é ponto crucial do modelo, pois a sua fonte de receita é essencial para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

92. Ao ponto que se chega, é possível perceber, com o mínimo de esforço interpretativo, que a modelagem delineada no artigo 175 da Constituição, regulamentado pela Lei nº 8.987, de 1995, não visa disciplinar a prestação de serviços públicos essenciais de educação e saúde sob a titularidade do Estado.

93. O RE nº 599.628, também invocado pela AGU equivocadamente, versa sobre conflito entre as Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A (Eletronorte) de um lado e empresa de engenharia do setor privado de outro, sem qualquer envolvimento da União Federal.

94. A Eletronorte, assim como outras empresas federais de energia elétrica, é entidade de natureza privada mantida com a cobrança de tarifa de energia elétrica dos usuários do serviço. Algumas dessas empresas ditas concessionárias foram constituídas sob a forma de empresa pública, outras sob a forma de sociedade de economia mista, todas para prestação de serviços públicos mediante política tarifária, não são entidades dependentes do orçamento da União, esse é o ponto-chave para entender as distinções.

95. Essa também é a cognoscibilidade da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello citada na inicial do procurador-geral da República (item 10) e na manifestação da AGU (item 30). É a única interpretação plausível do RE nº 599.628, citado pela AGU no seu esforço argumentativo.

²⁰ O artigo 175 da Constituição foi regulamentado com a edição da Lei nº 8.987, de 1995, que dispõe, conforme sua ementa, sobre o "regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal"

96. Frise-se que não está em discussão a possibilidade de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias prestarem serviços públicos, aliás, isso é o que se aduz a partir das coordenadas mentais dos artigos 173 e 175 da Constituição.

97. A leitura do artigo 175 da Constituição, e de sua regulamentação pela Lei nº 8.987, de 1995, porém, conduz ao entendimento inequívoco de que tais figuras de natureza privada não se prestam a encarnar o Estado para a prestação de serviços públicos essenciais, previstos sob o manto da universalidade e gratuidade próprias do Título VIII da Constituição, custeados com recursos públicos dos orçamentos públicos (artigo 195).

98. É de ressaltar, ainda, que a discussão deflagrada no RE nº 599.628 versa sobre a inclusão das obrigações decorrentes de decisões judiciais contra a Eletronorte na lista de **precatório** referida no artigo 100 da Constituição, lista esta restrita a débitos contra a Fazenda Pública federal, ou seja, contra os órgãos e entidades mantidos com recursos dos orçamentos públicos, o que não é o caso da empresa mencionada.

99. A decisão do STF negou, por óbvio, provimento ao recurso, já que a **Eletronorte não é empresa estatal dependente dos orçamentos públicos**, sendo impossível que suas despesas decorrentes de sentenças judiciais figurem na lista de precatórios da União, o que se restringe aos orçamentos públicos.

100. Patente o descabimento dos exemplos trazidos pela AGU para justificar a criação da EBSEH visando à prestação de serviços de ensino, pesquisa, extensão e assistência à saúde, todos integralmente custeados com recursos do Tesouro Nacional, ou seja, do orçamento público da União, pelos quais o Estado é proibido de cobrar tarifa, taxa ou qualquer outro preço por vedação constitucional e legal expressa.

101. Outra linha de argumentação para fundamentar a EBSEH diz respeito ao Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, sociedade de economia mista objeto de controvérsia no RE 580.264, no qual foi discutida a imunidade tributária de empresa estatal **dependente de recursos dos orçamentos públicos**. O exemplo é infeliz por duas razões.

102. Primeiro, trata-se de hospital assistencial da rede SUS, não de hospital de ensino que integra a estrutura das universidades autárquicas, sendo descabida a comparação, pois tal unidade de saúde não se sujeita aos princípios norteadores da educação fixados pelos artigos 206 e 207, caput da Constituição.

103. Segundo, o Grupo Hospitalar Conceição é sociedade anônima vinculada ao Ministério da Saúde (não ao MEC) resultante da intervenção, em 1975, do governo militar que desapropriou os hospitais privados Nossa Senhora da Conceição, Hospital Criança Conceição, Hospital Cristo Redentor e Hospital Fêmeina. A intervenção se deu na *Era de Chumbo* sob o manto dos Decretos Federais nº 75.403 e 75.457, de fevereiro e março de 1975, respectivamente.

104. Sabe-se que as décadas de setenta e oitenta foram marcadas por outras medidas semelhantes do Poder Executivo, empoderado pelos Atos Institucionais (AI) nº 5, de 1968, e nº 6, de 1969, que marcaram singularmente a *Era de Chumbo*. O próprio STF reconhece que nesse período “*havia muita imprecisão técnica no caracterizar a personalidade jurídica das entidades prestadoras de serviços públicos, não sendo raro que empresas de direito fossem autarquias de fato*” (RE nº 599.628).

105. É nesse contexto que o Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, citado equivocadamente como precedente para justificar a criação da EBSERH, foi desapropriado e encampado pelo governo militar, época marcada pela proliferação de entidades de natureza privada para gerir recursos públicos, cujas normas editadas no período pré-1988 nem sempre são adequadas à ordem vigente.

106. A despeito da incompatibilidade do figurino pré-1988 mantido até os dias de hoje para prestar serviços de saúde, o que justifica a aplicação da imunidade tributária recíproca à sociedade de economia mista prevista no RE nº 580.264 não é a prestação de serviço de saúde no âmbito do SUS, mas o fato de a União aportar a quase totalidade dos recursos públicos que mantêm a entidade e, por assim ser, gozar de imunidade tributária.

107. É importante frisar que o debate deflagrado no RE nº 580.264 não tem o propósito de dirimir controvérsia se a União pode ou não criar, após 1988, empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias para prestar serviços universais e gratuitos à revelia dos critérios e condicionantes fixados pelos artigos 37, inciso XIX, 173 e 175 da Constituição. Não é esse o núcleo da discussão.

108. Visa, sim, evitar a tributação indevida pelo Estado do Rio Grande do Sul sobre os recursos públicos federais destinados à manutenção de sociedade de economia mista encampada pela União em 1975 e que, até hoje, não foi ajustada ao figurino jurídico adequado com o objetivo de evitar esses e outros embaraços de ordem jurídica quando empresas estatais são mantidas com recursos do Tesouro Nacional.

109. Se os recursos públicos da União, provenientes de tributos e contribuições, ficassem no campo de incidência da tributação estadual e municipal, obrigaria àquela aumentar a arrecadação para custear os novos gastos, onerando duplamente o contribuinte.

110. Trata-se, pois, de inteligência da Corte Suprema no sentido de bem ponderar e prestigiar, no caso concreto, a essência do recurso público da União - que requer proteção redobrada - em detrimento da forma adotada para incorporar a entidade à administração indireta federal, resultante de encampação ocorrida na década de setenta.

111. A questão se resolve, portanto, na cognoscibilidade dos artigos 37, inciso XIX, 173, § 1º e 175 da Constituição. O primeiro exige normas gerais para definir as áreas de atuação de empresas públicas sociedades de economia mista e fundações; o segundo reclama edição de lei para estabelecer o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que devem operar na exploração de atividade econômica decorrente da produção de bens ou comercialização de serviços públicos mediante política tarifária.

112. Esse pacote regulamentar, contudo, não poderá fugir das seguintes premissas básicas de forma a orientar toda Federação quanto à atuação descentralizada: i) para executar atividades típicas, o Estado poderá valer-se de entidades autárquicas; ii) para executar as demais ações descentralizadas mantidas com recursos dos orçamentos públicos, o Estado poderá lançar mão de fundações de natureza pública, sujeitas ao mesmo regime jurídico das entidades autárquicas; iii) empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias devem ser instituídas sempre que houver justificada razão para o Estado intervir na economia, seja em ambiente de concorrência, seja para exploração, diretamente ou mediante concessão ou permissão, dos serviços inseridos na competência exclusiva (artigo 21, incisos XI e XII), sempre mediante a comercialização de produtos ou prestação

de serviços por meio de política tarifária que assegure a viabilidade econômico-financeira do negócio, sem que haja risco de impacto negativo de ordem fiscal e sobre a carga tributária.

113. Todavia, o movimento que se nota com a criação da EBSEH remonta ao modelo do período pré-democrático, que não gerou bons resultados e conduziu o país a um quadro de insustentabilidade fiscal, exigindo que o Estado lançasse mão de medidas penosas para a sociedade com vistas a tentar reduzir o elevado *deficit* público resultante de décadas de permissividade descabida na gestão pública.

III – DA NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA DEFINIR ÁREAS DE ATUAÇÃO DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PARA VIABILIZAR O PROGRAMA DE ESTABILIDADE FISCAL

114. A peça inicial ajuizada pelo procurador-geral da República fundamenta a inconstitucionalidade na inexistência de lei complementar para regulamentar as áreas de atuação das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, conforme prevê o artigo 37, inciso XIX da Constituição.

115. A AGU, porém, contesta essa que é uma das teses da inconstitucionalidade. Alega a AGU que o artigo 37, inciso XIX da Constituição versaria sobre quatro casos: a criação (ou respectiva autorização) de autarquia (**caso 1**); de empresa pública (**caso 2**); de sociedade de economia mista (**caso 3**) e de fundação (**caso 4**). Argumenta, na sequência, que apenas "**neste último caso**", qual seja, para **criação de fundação**, se faz necessária prévia edição de lei complementar definindo a área de atuação.

116. A compreensão desse tema exige uma contextualização histórica sobre o Programa Nacional de Desestatização (PND), base da Emenda nº 19, de 1998, que resultou na alteração do dispositivo constitucional em debate.

117. Dentre as propostas discutidas no âmbito da Reforma Administrativa, destaca-se a parte que visa flexibilizar a instituição de empresas estatais no contexto das privatizações, conforme se observa do teor da Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 1995, analisado na mais balizada lição de Jessé Torres Pereira Júnior²¹.

118. De acordo com o documento oficial, a proposta foi formulada com o propósito de agilizar a reorganização das empresas públicas e sociedades de economia mista, visando à implantação do PND. A flexibilização também deveria ser estendida à criação de subsidiárias dessas empresas estatais, desde que aquelas tivessem como finalidade o desenvolvimento de atividades econômicas similares às da empresa matriz. Impende frisar que o documento sequer toca nas fundações, que não têm o condão de explorar atividade econômica, foco principal da Reforma.

119. Para evitar a criação indiscriminada de empresas públicas e fundações públicas, prática comum na administração pública no período pré-democrático, a Emenda nº 19, de 1998, também conhecida como Reforma Administrativa, deu nova redação ao artigo 37, inciso XIX da Constituição, por vezes mal interpretado por operadores do Direito não tão bem familiarizados com os fundamentos do PND e questões próprias das finanças públicas.

²¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Da reforma administrativa constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 153.

120. Não há como negar que a Reforma Administrativa foi um dos pilares fundamentais do **Programa de Estabilidade Fiscal**²², delineado com o nítido propósito de reduzir o *deficit* público, este muito mais influenciado pelos desvios e dificuldades com a criação e desestatização das empresas do que em relação às fundações públicas, que sequer foram afetadas pelo PND.

121. *A priori*, é importante ressaltar que o objetivo da Reforma foi remover a exigência de aprovação legislativa para a criação de empresas estatais, exclusivamente nas situações em que as circunstâncias da privatização recomendassem o desmembramento daquelas já existentes, por considerar que o controle previsto no texto original era desnecessário e enrijecedor quando aplicado ao processo de privatização.

122. O olhar crítico, experiente e imparcial do professor, magistrado e jurista Jessé Torres Pereira Júnior **contabiliza duas** - e não quatro como apela a AGU - **inovações distintas** decorrentes da redação dada ao artigo 37, inciso XIX da Constituição: **i)** a primeira inovação confere à lei específica o poder de criar autarquias (**primeiro caso**) e tão somente autorizar a instituição (**segundo e último caso**) de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações; **ii)** a segunda inovação exige lei complementar para definir as áreas de atuação não apenas das fundações, como alega equivocadamente a AGU, mas, sobretudo, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, que, aliás, constituem o foco principal da proposta de alteração do artigo 37, inciso XIX da Constituição, com vistas a materializar o PND.

123. O jurista Alexandre de Moraes contabiliza as inovações no mesmo sentido²³, conforme trecho de sua lição reproduzido na inicial patrocinada pelo procurador-geral da República (item 11).

124. Ainda de acordo com as valiosas anotações de Jessé Torres Pereira Júnior²⁴, a primeira alteração traduz aperfeiçoamento técnico, já que, dentre as entidades que integram a administração indireta, a autarquia é a única adequada, por definição, ao desempenho de típico serviço público. Por essa razão, a entidade nasce com a própria lei

²² **Programa de Estabilidade Fiscal.** "No Brasil, as estatísticas sobre as contas públicas compreendem na verdade três dimensões: o Governo Central, aí incluído o déficit da Previdência, os governos estaduais e municipais (26 Estados e o Distrito Federal, e mais de 5.500 municípios), e as empresas estatais, controladas pelo setor público nos três níveis de governo. Para enfrentar os **fatores de natureza estrutural** que se encontram na raiz do desequilíbrio fiscal do Estado Brasileiro nas três dimensões acima apontadas, o Governo tem adotado conjunto articulado de iniciativas ao longo dos últimos anos. Entre as principais medidas já implementadas que tiveram impactos positivos no resultado fiscal, vale enumerar as seguintes: 1) **reformas constitucionais e legais da ordem econômica, que permitiram a implementação do importante processo de privatizações de empresas públicas;** (...) Essas medidas, entretanto, não são suficientes para permitir que se alcance o objetivo do Programa de Estabilidade Fiscal, que é o de assegurar em bases duradouras o equilíbrio fiscal e o respeito às restrições orçamentárias. Por essa razão, o Programa compreende um conjunto de medidas de caráter estrutural, a seguir apresentadas de forma sumária. a. Regulamentação da Reforma Administrativa". Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/respef.asp>. Acesso em: 3 jun 2013.

²³ MORAES, Alexandre. Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98, 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60. "A EC nº 19/98, não obstante mantenha a necessidade de prévia edição de lei, para constituição de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações, inovou em sua regulamentação.

Dessa forma, em relação às autarquias, a Constituição Federal permanece exigindo a edição de lei ordinária específica para sua criação. Em relação, porém, às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, a EC nº 19/98 não mais exige a edição de lei específica para que possam ser criadas. Essa exigência foi substituída por dois requisitos:

- edição de lei ordinária específica, autorizando a *instituição* de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação;

- edição de **lei complementar que defina a área de atuação da empresa pública, sociedade de economia mista e fundação.**" (grifou-se)

²⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. op. cit., p. 154-155.

específica, como desdobramento natural do corpo estatal, desnecessária para sua existência como pessoa jurídica qualquer outro ato.

125. Gênese diversa deve seguir a instituição de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações. O papel da lei específica nesses casos é apenas o de autorizar a instituição dessas três espécies de entidade da administração indireta, após a qual será indispensável levarem-se os seus atos constitutivos ao registro competente. Somente cumprido o registro, tais entidades adquirem personalidade jurídica que as faz existentes e aptas para contrair direitos e obrigações, com exceção da fundação pública de direito público, a qual se deve dispensar o mesmo tratamento conferido às autarquias, ou seja, nasce com a própria lei específica de criação.

126. Para o jurista em comento, a inovação visa conferir orientação conceitual às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações. Essas entidades foram historicamente instituídas no âmbito da administração pública federal, estadual e, sobretudo, municipal, sem que se discernissem bem sobre os critérios de fundamentação para adoção de um modelo ou outro, conforme abordado anteriormente. Cite-se a constatação do STF já mencionada na transcrição de passagem do RE nº 599.628.

127. Com efeito, tem-se a absoluta falta de nitidez quanto às áreas de atuação em que seriam adequadas as empresas públicas ou sociedades de economia mista, indefinição essa que a Emenda nº 19 prometeu corrigir ao reservar à lei complementar a tarefa de definir tais áreas de atuação, lei essa pendente de edição pelo Congresso Nacional.

128. A falta de nitidez acerca da área de atuação das estatais não tem potencial de comprometer apenas as contas públicas, mas também cria óbices para a fiscalização dos órgãos fazendários e de mercado de capitais, já que há leis específicas para fiscalizar as operações que são próprias das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, cuja inobservância gera incertezas no mercado que tendem afastar os investidores, o que restaria por comprometer o PND. Daí a preocupação do constituinte em evitar desvios no campo de atuação das estatais.

129. As administrações das três esferas de governo são ambientes férteis de produção de aberrações jurídicas, sendo comum a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista para a execução de funções que são próprias das secretarias de governo. São esses desvios, recorridos pelos entes da Federação para criar um campo de obscuridade e driblar as normas de direito público, que a Reforma Administrativa da década de noventa pretendeu atacar.

130. Não é demais rememorar que as jurisprudências do STF²⁵ e do STJ²⁶ conferem às fundações públicas o mesmo regime jurídico das autarquias, razão pela qual não faz diferença, sob o ponto de vista jurídico-econômico-financeiro, a proliferação daquelas entidades.

131. Já a criação indiscriminada de empresas públicas e sociedades de economia mista dependentes de recursos orçamentários representava enorme potencial de desajuste para as contas públicas, dado o regime diferenciado que a Constituição prevê para as estatais independentes de recursos do Tesouro. E foi exatamente para coibir esses desvios

²⁵ Cite-se o RE nº 215.741

²⁶ Cite-se a Súmula STJ nº 324

históricos que a Emenda nº 19 focou nessas duas entidades, que constituem o ponto central do PND.

132. A leitura sistematizada do artigo 37, inciso XIX e § 9º c/c artigo 173, § 1º, todos com redação dada pela Emenda nº 19, possibilita a clara compreensão da realidade, que não se restringe ao plano administrativo, mas resultante de fortes motivações econômico-fiscais.

133. Nesse sentido, padece de lógica e razoabilidade histórico-jurídica a ideia que pretende restringir a necessidade de lei complementar apenas para definir a área de atuação das fundações públicas no contexto do artigo 37, inciso XIX da Constituição, em detrimento da exigência de definição de área de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, principal razão da reforma do dispositivo no final da década de noventa.

IV – DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS MINISTERIAIS EXCLUSIVAS PARA EBSEH COORDENAR E SUPERVISIONAR AS UNIVERSIDADES

134. As disposições do artigo 4º da Lei nº 12.550, de 2011, regulamentado pela Portaria MEC nº 442, de 25 de abril de 2012, não são menos preocupantes.

135. O ato infralegal em questão transfere para a EBSEH ações exclusivas do Ministério da Educação (MEC) sobre as universidades autárquicas. São atribuições típicas de orientação, coordenação e supervisão que os Decretos nº 7.082, de 2010, e 7.690, de 2012, atribuem exclusivamente ao MEC, para serem implementadas com o apoio dos Ministérios da Saúde e do Planejamento, funções essas que não podem ser subdelegadas à empresa pública de natureza privada, até porque a supervisão ministerial é dado próprio do poder hierárquico que uma empresa jamais poderá exercer sobre as universidades autárquicas.

136. Não bastasse, a Portaria MEC nº 447, de 24 de maio de 2013, publicada no DOU de 27 de maio, delega à EBSEH²⁷ o exercício de competências relacionadas à certificação de hospitais de ensino, no âmbito do Ministério da Educação. Esse é mais um atentado à autonomia universitária, vez que as universidades, constituídas sob a forma de autarquia ou fundação autárquica, são vinculadas ao MEC e não a empresas de natureza privada, que não detêm o poder constitucional de coordenação e supervisão de instituições autônomas como o são as universidades.

137. Analisando os normativos à luz do ordenamento jurídico, vislumbra-se conflito com o artigo 87, parágrafo único, inciso I da Constituição, que insere na competência exclusiva dos Ministérios a atribuição de “*exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência*”.

138. Cumpre ressaltar que as empresas públicas e as subsidiárias não têm qualquer relação de vínculo jurídico e, sobretudo, ascendência sobre as universidades autárquicas que, por natureza, são vinculadas diretamente ao MEC, órgão competente para exercer a orientação, a coordenação e a supervisão ministerial sobre tais entidades.

²⁷ Portaria MEC nº 447/2013: “Art. 1º Fica delegado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH o exercício das competências atribuídas ao Ministério da Educação nos processos de certificação de hospitais de ensino, a partir da Portaria Interministerial no 2.400/MEC/MS, de 02 de outubro de 2007.” (grifou-se)

Art. 2º Ficam convalidados os atos praticados até então pela EBSEH, relacionados aos processos de que trata o artigo 1º.

139. O artigo 1º do Anexo do Decreto nº 94.664, de 1987, é claro quanto às atribuições essenciais do MEC em relação às universidades²⁸, sendo inequivocamente descabida qualquer subdelegação dessas funções típicas de Estado a empresas públicas e demais estatais de natureza privada.

140. Segundo as lições de Hely Lopes Meirelles²⁹, a vinculação das universidades autárquicas diretamente ao MEC *‘é resultante do poder de supervisão ministerial sobre a entidade vinculada e é exercida nos limites que a lei estabelece, sem retirar a autonomia do ente supervisionado’*.

141. É totalmente descabido, por exemplo, sujeitar a certificação do hospital de ensino da Universidade Federal do Paraná ao crivo da EBSEH, já que a respectiva universidade rejeitou entregar a gestão de seu hospital ao comando da empresa estatal.

142. Além da falta de competência para o exercício dessa atividade, a medida guarda sujeita as universidades a **conflitos de interesse**, já que a empresa certificadora poderá desqualificá-las de modo a forçá-las a abrir mão da gestão de seus hospitais de ensino.

143. Práticas nesse sentido foram denunciadas pelo procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União que resultou no Acórdão 3.463/2012-Plenário³⁰. É estarrecedor que a empresa contratada pela universidade faça o diagnóstico prévio que indicará a sua contratação ou não, sendo ela (empresa) a legitimada a certificar ou não o objeto de seu interesse empresarial. **Patente a situação vexatória de conflito de interesse que fere, de morte, o princípio da moralidade pública.**

144. Diante do exposto, é inaceitável que o hospital de ensino, célula fundamental da universidade onde se processa a maior parte do curso de medicina e outros da área de saúde, fique à mercê da avaliação de empresa de natureza privada que não guarda qualquer relação de vínculo com a universidade e, pior, demonstra interesse de usurpar a sua gestão, em flagrante conflito com o princípio constitucional da moralidade pública.

²⁸ Anexo do Decreto nº 94.664, de 1987

Art. 1º Omissis.

Parágrafo único. Respeitada a autonomia das Universidades definida em lei, o Ministério da Educação exercerá as atribuições de estudos, coordenação, supervisão e controle, previstas no art. 115 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no que se refere às entidades alcançadas por este artigo.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1999

³⁰ Acórdão nº 3463/2012-TCU/Plenário: “Cumpra denunciar que o **Poder Executivo está atuando de forma inconstitucional, ilegítima e imoral em sua tentativa de implantar a EBSEH nos HUs deste país**, usando indevidamente o nome do Tribunal de Contas da União como meio de pressão ilegítima, de absurda coação moral, para constranger os gestores das universidades federais, especialmente seus reitores e os diretores dos HUs, a aceitarem essa verdadeira intervenção na gestão das universidades como única saída legal para o grave problema dos terceirizados nos HUs. (...) Ver-se-ão ainda privados de investimentos e liberação de recursos pelo Poder Executivo, que privilegiará as entidades que aceitarem sua intervenção. **Ou seja, as universidades que, legitimamente, na defesa e no exercício pleno de sua autonomia universitária e da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão, decidirem não sucumbir e não se submeter à proposta da EBSEH, estarão inconstitucional e imoralmente desprovidas de uma autorização necessária e inadiável do Ministério do Planejamento, com têm estado até hoje, para a solução do grave problema dos terceirizados em seus HUs. A Universidade Federal do Paraná, por exemplo, já deliberou que não aceita entregar a gestão de seu HU para a EBSEH. Qual será a postura do Ministério do Planejamento com essa universidade? Continuará negando-lhe reiteradamente autorização para o concurso público que a Constituição Federal exige? O Ministério do Planejamento pode negar essa autorização? Essa negativa não configura uma omissão inconstitucional deliberada que atenta contra os princípios da administração pública?” (grifou-se)**

V – DO PEDIDO

145. Por essas razões, pedem e esperam as requerentes:

i. concessão de medida cautelar para se determinar, até o julgamento do mérito da ADI nº 4895, a suspensão da eficácia dos artigos 1 a 17 da Lei nº 12.550, de 2011;

ii. sustentação oral das entidades patrocinadoras na sessão plenária de julgamento de mérito da medida cautelar; e

iii. ao final, seja julgada procedente a ADI nº 4895 para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.550, de 2011, pelos vícios materiais apontados na petição inicial e no Parecer da Procuradoria-Geral da República, assim como na petição de *amicus curiae* das Associações Nacionais (AMPASA, AMPCON e ANTC).

Do Rio de Janeiro para Brasília, 5 de junho de 2013.

ALINE TEODORO DE MOURA

Advogada Inscrição nº 111.496 – OAB/RJ