



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(ÍZA) FEDERAL DA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

VARA CÍVEL DA

Referência:

Autos das Peças Informativas n.º 1.16.000.002788/2012-15

*A solução para o problema da substituição dos agentes terceirizados nos órgãos da administração direta, autarquias e fundações mantidas com recursos dos orçamentos públicos (fiscal e da seguridade social) passa pelo cumprimento de pressupostos constitucionais e legais que caracterizam a gestão fiscal responsável [...]*¹

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, no exercício de suas funções constitucionais e legais, com espeque nos artigos 127, “caput”, e 129, incisos II e III, ambos da Constituição Federal; nas disposições da Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993 e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; com base nos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados e, finalmente, com amparo nos documentos em anexo – extraídos dos autos das peças informativas n.º 1.16.000.002788/2012-15 –, vem à honrosa presença de Vossa Excelência ajuizar a presente

**AÇÃO CIVIL DE NULIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS,
cumulada com pedido de antecipação de tutela,**

¹ Vide Relatório Acórdão 3463/2012 – TCU/Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 23 fev. 2013.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

em desfavor da seguinte pessoa jurídica:

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – FUB, pessoa jurídica instituída pela Lei Federal n.º 3.998, de 15 de dezembro de 1961, a ser citada na pessoa do Magnífico Reitor Ivan Marques de Toledo Camargo, no Campus Universitário Darcy Ribeiro, 3º andar, CEP: 70.910-900, Brasília-DF, telefones (61) 3307-2600 e 3307-1750.

I. DO OBJETO

Pela presente ação civil, o Ministério Público Federal, com fundamento no dever de resguardo da ordem jurídica, do patrimônio público, bem como dos princípios da legalidade e da moralidade administrativas, pleiteia, **em princípio**, tutela jurisdicional em caráter de antecipação de tutela, a fim de que o Poder Judiciário determine a **imediate anulação do ato administrativo – emanado da Reitoria da Universidade de Brasília e corporificada no inteiro teor do Termo de Adesão, datado de 16 de agosto de 2012 – por meio do qual “aderiu” à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH**, bem como a **imediate anulação do Contrato n.º 004/2013, firmado em 17 de janeiro de 2013, com extrato publicado no Diário Oficial da União n.º 15, Seção 3, página 22, de 22 de janeiro de 2013, tendo por objeto a “administração” pela EBSEH, do Hospital Universitário da de Brasília – HUB**, bem como dos ajustes deles decorrentes, sobretudo no tocante aos atos de dispensa e contratação de pessoal.

Ainda pela presente ação civil de nulidade de atos administrativos, o **Ministério Público Federal pleiteia, em sede de sentença final, tutela jurisdicional confirmatória da tutela antecipada, com a decretação de nulidade definitiva dos atos administrativos – emanados da Reitoria da Universidade de Brasília – por meio dos quais “aderiu” à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, objetivando o repasse da**



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

administração do Hospital Universitário de Brasília – HUB a referida empresa.

Conforme se verá adiante, o referido ato administrativo de “adesão” – emanado da Reitoria da Universidade de Brasília, bem como a posterior assinatura do contrato de gestão respectivo – acabou por contrariar o disposto nos artigos 37, caput, II e XIX; 39, 173, § 1º; 198 e 207, todos da Constituição Federal de 1988, **entre outros**. Isso porque os referidos dispositivos constitucionais normatizam que a exploração de atividade econômica pelo Estado far-se-á por meio das sociedades de economia mista e empresas públicas, sendo os serviços públicos propriamente ditos – voltados para as atividades típicas de Estado – prestados mediante fundações públicas e autarquias; que a contratação de pessoal no âmbito da Administração Pública Federal dar-se-á com observação do princípio do concurso público; que a autonomia universitária, bem como a indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão são garantias conferidas às Universidades Brasileiras; e que a saúde e a educação, como serviços públicos de titularidade do Estado, são bens sociais universais e gratuitos assegurados a todos os cidadãos do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, pela presente ação civil, o Ministério Público Federal pleiteia, em sede de sentença final, por via de consequência, a confirmação da tutela antecipada para o fim de que o Poder Judiciário declare, por sentença, a anulação do Contrato n.º 004/2013, firmado entre a Universidade de Brasília e a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares em 17 de janeiro de 2013, com extrato publicado no Diário Oficial da União n.º 15, Seção 3, página 22, de 22 de janeiro de 2013, tendo por objeto a “administração”, pela EBSEH, do Hospital Universitário da de Brasília – HUB, por ser providência que reafirmará o resguardo à ordem jurídica, bem como aos princípios da legalidade e da moralidade administrativas, entre outros.

Apresentado o objeto da presente ação civil, passemos à análise da legitimidade ativa do Ministério Público Federal, da adequação da via eleita e da competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do presente feito.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

II. DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, DA ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AÇÃO CIVIL DE NULIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS – E DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 127, definiu o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e o incumbiu da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Além disso, em seu artigo 129, a Constituição da República enumerou exemplificadamente as funções institucionais do Ministério Público, entre as quais destacam-se **(i)** o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, com a promoção das medidas necessárias a sua garantia – inciso II – e **(ii)** a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos – inciso III.

Em perfeita harmonia com o texto constitucional, a Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu artigo 2º, prescreve que incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para a garantia do respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Além disso, o artigo 5º, inciso V, alínea “a”, da Lei Complementar n.º 75/1993, também lista como função institucional do Ministério Público da União o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e educação, que se encontram claramente presentes no objeto da presente demanda.

O interesse público, aliás, é representado na presente ação civil pela existência de bens e de interesses jurídicos supraindividuais, cuja titularidade se estende por toda a coletividade, atingindo a saúde pública e a educação, interesses difusos que merecem especial atenção por parte do Ministério Público.

Com efeito, a definição constitucional do papel do Ministério Público



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

como instituição voltada à proteção do interesse público e da defesa da ordem jurídica, legitima a sua atuação para agir em face de atos administrativos que afrontem os princípios basilares da Administração Pública e que importem em desrespeito ao interesse público e em postergação dos interesses sociais, devendo valer-se do instrumento da ação civil pública como meio de proteção a esses direitos, em especial – no caso presente – à saúde e à educação – na medida em que procura a plena efetivação desses direitos fundamentais à sociedade, com a condenação da Universidade de Brasília por adotar artifício, em tese ilegal, na tentativa de solucionar a grave crise financeira e organizacional que assola o Hospital Universitário de Brasília.

Destarte, pela presente objetiva o Ministério Público, em último nível, a tutela de interesses difusos, consubstanciados no zelo pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública da União quanto aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e educação, especialmente no tocante ao caráter universal e gratuito dos quais se revestem, motivos esses que também legitimam a eleição do presente remédio processual.

Além disso, é de extrema importância destacar que os atos administrativos objeto da presente demanda foram emanados de Instituição pertencente à Administração Pública Federal Indireta, neste caso, a Universidade de Brasília, fundação autárquica, atraindo, pois, a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da causa, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição da República, “in verbis”:

Art. 109 da CF. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. (grifos nossos).

Desse modo, apresentadas as razões que legitimam ativamente a atuação do Ministério Público Federal para a demanda, bem como a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito e as razões pelas quais a ação civil de nulidade de atos administrativos apresenta-se como instrumento adequado para o pleito de



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

anulação de atos administrativos lesivos aos princípios que regem a atuação do Estado quanto aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e educação, especialmente no tocante ao caráter universal e gratuito dos quais se revestem, cumpre apresentar os fundamentos de fato e de direito que justificam o ajuizamento da presente ação civil pública.

III. DOS FATOS

III.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

A presente ação civil pública tem origem a partir dos autos das peças informativas n.º 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, Dr. Oswaldo José Barbosa da Silva, de e-mail que noticia a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH e da provável celebração de contrato de gestão entre tal empresa pública e o Hospital Universitário de Brasília.

Em apertada síntese, e tendo em conta o teor da mensagem eletrônica de fl. 2, bem como do e-mail de fl. 12 das referidas peças informativas, sugere o ilustre PFDC Adjunto a adoção de medidas judiciais, caso convencido o Procurador Natural do feito da inconstitucionalidade da criação da EBSEH, e da conseqüente nulidade dos contratos de gestão por ela firmados, eis que a instituição e a posterior atuação de tal entidade configuraria ofensa à autonomia universitária e indevida terceirização da gestão do Sistema Único de Saúde – SUS.

Sobrevindo, pois, a fase de instrução do indigitado procedimento, o Ministério Público Federal apurou que em 16 de agosto de 2012 o Magnífico Reitor da Universidade de Brasília firmou termo de adesão à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (fl. 41), bem como que em 17 de janeiro de 2013 firmou o Contrato n.º 004/2013,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

com extrato publicado no Diário Oficial da União n.º 15, Seção 3, página 22, de 22 de janeiro de 2013, tendo por objeto a “administração”, pela EBSEERH, do Hospital Universitário de Brasília – HUB (vide fls. 07-11 anexo).

O extrato do referido contrato foi publicado no Diário Oficial da União nos seguintes termos “in verbis”:

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

EXTRATO DE CONTRATO N 4/2013

*Número do processo 23106.000621/2013-33 Objeto: **CONTRATO QUE ENTRE SI CELEBRAM A UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA como contratante e a EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSEERH como contratada, tendo por objeto a administração, pela CONTRATADA, do HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, compreendendo a oferta, à população, de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como o apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, na forma e condições definidas neste Contrato e na Lei nº 12.550/2011, vedado o atendimento de pacientes de convênios e particulares.(fl. 11-V Apenso). (grifos nossos).***

Ocorre que referido contrato foi editado com base nas disposições insertas na Lei 12.550/2011, maculada por inúmeros vícios que podem ocasionar, inclusive, a decretação de sua inconstitucionalidade, constando como objeto de diversas ações judiciais e, ainda, de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 4895).

Com efeito, verifica-se que o normativo ora em análise está manchado por pechas insanáveis, que vão de encontro aos princípios regentes da Administração Pública Federal, do sistema único de saúde, bem como da educação, fatos estes que justificam o ajuizamento da presente ação civil pública de nulidade de atos administrativos.

Passemos, pois, a uma breve análise da Lei n.º 12.550/2012.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

III.2 LEI N.º 12.550, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2011 – AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A CRIAR A EMPRESA PÚBLICA DENOMINADA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSEH

Inicialmente, a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, se apresentava como objeto da Medida Provisória n.º 520/10, editada no último dia de mandato do ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

Naquela ocasião, e devido ao seu conteúdo, a referida MP foi alvo de duras críticas 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 (ADI 4588 e 4605) no Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista a sua não apreciação pelo plenário do Senado Federal dentro do prazo de validade, que tinha por termo “a quo” o dia 1º de junho de 2011, a referida Medida Provisória caducou, fato este que representou grande vitória para os grupos contrários à implementação da EBSEH.

Por outro lado, a caducidade da MP n.º 520/10 também refletiu no andamento das ações propostas na Suprema Corte de Justiça visando ao questionamento de sua constitucionalidade, prejudicando-as.

Ocorre que em nova investida, o Governo Federal elaborou o Projeto de Lei n.º 1749/2011 (tombado no Senado Federal como PLC n.º 79/2011), o qual, tratando do mesmo conteúdo da extinta Medida Provisória n.º 520/10, foi encaminhado ao Congresso pela Chefe do Poder Executivo Federal para ser votado em caráter de urgência.

Sobrevindo, pois, a aprovação do referido projeto de lei nas duas casas do Congresso Nacional, veio à existência a Lei n.º 12.550/2011, a qual, sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff em 15 de dezembro de 2011 (publicada no D.O.U de 16/12/2011), trata, entre outros, da criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH.

Com efeito, apresentada pelo Governo Federal como solução dos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

problemas prementes que assolam os hospitais universitários brasileiros, a nova entidade, empresa pública constituída sob a forma de sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Educação, propiciará, em tese, a criação de condições para a melhoria substancial dos padrões de gestão de um sistema composto por 45 hospitais-escola vinculados às universidades federais, as quais, constituídas sob a forma de autarquias ou fundações autárquicas, são dotadas, por força de disposições constitucionais, de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, sendo regidas pelo princípio da indissociabilidade do ensino, da pesquisa e da extensão.

Representando, pois, a implementação de uma nova modelagem jurídico institucional, que sinaliza a adoção de um modelo “flexível” de gestão, a EBSEH constitui-se empresa de natureza privada na estrutura do Estado tendente à prestação de serviços públicos de educação e saúde, constitucionalmente definidos como universais e gratuitos, e que na atualidade, são fornecidos por intermédio das fundações de apoio de natureza privada.

Ocorre que a análise escoreta da Lei n.º 12.550/2011, bem como do termo de adesão e respectivo contrato firmados entre a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares e Universidade de Brasília, verifica-se que o arranjo pretendido, consubstanciado no repasse da gestão do Hospital Universitário de Brasília à EBSEH, não encontra respaldo na Constituição Federal, tampouco nas leis de regência das instituições públicas de saúde e de educação brasileira, de modo que não deve, pois, subsistir.

Verifica-se, nesse ínterim, que os referidos normativos possibilitam que a EBSEH, empresa de natureza privada, contrate profissionais sob o regime celetista, bem como estabeleça regime de remuneração e gestão de pessoal compatível com o setor no âmbito do Hospital Universitário de Brasília, o que na verdade, revela-se como atalho ilegal ao cumprimento do Acórdão n.º 1.520/2006-Plenário, proferido pelo Tribunal de Contas da União no bojo do TC 020.784/2005-7, por meio do qual determinou-se, entre outros, que o Poder Público adotasse medidas tendentes à substituição de terceirizados irregulares nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Outrossim, as medidas adotadas destinam-se ao cumprimento, de modo indevido, da medida liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI n.º 2.135



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

no ano de 2007, oportunidade em que foi restabelecido o regime jurídico único previsto no artigo 39², caput, da Carta Política para a contratação de pessoal no âmbito da Administração Pública Federal, importando, de outro modo, em violação aos princípios da autonomia universitária, bem como da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, ambos insculpidos no artigo 207³ da Constituição Federal.

Destarte, Excelência, apresentados os fundamentos fáticos da presente ação civil pública de nulidade de atos administrativos, passamos a discorrer acerca dos argumentos jurídicos que amparam a pretensão posta nos autos.

IV. DO DIREITO

DA ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DE ADESÃO À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES E POSTERIOR ASSINATURA DE CONTRATO COM VISTAS AO REPASSE DA ADMINISTRAÇÃO DO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA A REFERIDA EMPRESA

IV.1 SAÚDE: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

O direito à saúde é reconhecido como um direito fundamental de todo ser humano. Com a constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, a saúde passou a ser entendida como *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social” e “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir”* passou a *“constituir um dos direitos fundamentais de todo o ser humano”*.⁴

No Brasil, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito fundamental com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição, em seu artigo 6º, estabelece quais são os direitos sociais definidos, em seu preâmbulo, como valores supremos

² Art. 39 CRFB/88. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Vide ADIN nº 2.135-4)

³ Art. 207 CRFB/88. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

⁴ Constituição da Organização Mundial da Saúde – Disponível em: <www.who.int>. Acesso em 17 fev. 2013.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

da nossa sociedade, entre os quais está inserido o direito à saúde, nestes termos”:

*Art. 6º da CF. **São direitos sociais** a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 64, de 2010). (grifos nossos).*

Além disso, o direito à saúde é condição essencial para o cumprimento do postulado da dignidade da pessoa humana, bem como está intrinsecamente ligado ao direito à própria vida, na medida em que esta compreende o “viver dignamente”. Ao assumir forma de concretização do direito à vida e à dignidade humana, o direito à saúde atende ao disposto nos artigos 1º e 5º da Constituição Federal:

Art. 1º da CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III – a dignidade da pessoa humana; (...)

*Art. 5º da CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos: (grifos nossos).*

Caracterizando-se como direito essencial para a plena realização da vida e da dignidade, a Constituição Federal configurou o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado. De fato, dispõe a Constituição, em seu artigo 196:

*Art. 196 da CF. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifos nossos).*

Visando à promoção da saúde, a Constituição da República estabeleceu um sistema único regido pela diretriz de atendimento integral, garantindo acesso dos cidadãos a tratamento médico adequado, inclusive a medicamentos, nos seguintes termos:

*Art. 198 da CF. **As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)***

*II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. (grifos nossos).*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

Os dispositivos constitucionais referentes ao direito fundamental à saúde foram regulamentados pela Lei nº 8.080/90, conhecida por Lei Orgânica da Saúde (LOS). Esta lei, em seu artigo 2º, reafirma que a saúde é um direito fundamental de todo ser humano e que cabe ao Estado prover as condições para seu pleno exercício, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. Senão, vejamos:

*Art. 2º da Lei n.º 8.080/90. **A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.***
*§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem **acesso universal e igualitário** às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. **(grifos nossos).***

Logo em seguida, a Lei Orgânica da Saúde estabelece os objetivos e as atribuições do Sistema Único de Saúde – SUS, constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde prestados pelo Poder Público. Entre os objetivos do SUS, está a previsão de realização de ações assistenciais e de atividades preventivas e, no campo de atuação, prevê a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

*Art. 5º da Lei n.º 8.080/90. **São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:***
I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. [...]
*Art. 6º da Lei n.º 8.080/90. **Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):***
I - a execução de ações:
a) de vigilância sanitária;
b) de vigilância epidemiológica;
c) de saúde do trabalhador; e
*d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;**(grifos nossos).***

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro constitui a saúde como direito fundamental, bem como impõe ao Estado o dever de agir de maneira a assegurar o direito fundamental à saúde de seus cidadãos, adotando políticas públicas que reflitam esta obrigação.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

Convém salientar, ainda, que integrando a seguridade social (artigo 194, da CFRB/88⁵), ao lado da assistência social e da previdência, a saúde, diversamente da última, é direito social cuja fruição independe de qualquer contribuição de seu titular.

Nesse sentido, tem-se que a saúde é um direito subjetivo do cidadão e dever do Estado, que deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, em observância ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com efeito, a atuação do Estado na concretização do direito fundamental à saúde configura-se, a toda evidência, em serviço público, razão pela qual a sua prestação mediante empresa pública de natureza privada revela-se incompatível. Isso porque, em matéria de saúde, a participação da iniciativa privada só é autorizada em caráter de complementaridade à atuação do Estado.

IV.1.1 DA PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA EM MATÉRIA DE SAÚDE: BREVES CONSIDERAÇÕES

Antes da Constituição Federal de 1988, a atuação tímida do Estado, regida sob o prisma da não intervenção/liberalismo, implicava em raros investimentos em serviços próprios, de forma que o Poder Público somente estimulava a iniciativa privada a constituir serviços de assistência médica.

Com o surgimento, pois, de uma nova ordem social inerente à ruptura com os sistemas autoritários até então vigentes, bem como com a consagração de um Estado Social Democrático e de Direitos a partir da atual Carta Magna, o Estado, imbuído de um espírito protecionista que demonstra verdadeiro comprometimento com a efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo, se reapropria dos serviços de saúde, impondo a sua distribuição/prestação de forma universal e gratuita a todos os entes federados, por meio da institucionalização do denominado Sistema Único de Saúde – SUS.

⁵ CRFB/88 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

Nesse contexto, e apesar de não vedar a participação da iniciativa privada na promoção do direito fundamental à saúde, o Constituinte de 1988 determinou que o desenvolvimento de ações e serviços privados de saúde se dessem de forma excepcional, mediante atuação complementar (na forma do artigo 199⁶ da CFRB/88 e artigos 24 a 26 da Lei 8.080/90, com diretrizes fixadas pelo SUS, mediante contrato de direito público ou convênio firmados, preferencialmente, com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos) e/ou suplementar (concretizada por intermédio dos planos de saúde, regidos pelas Leis Federais n.º 9.656/1998⁷ e 9.961/2000⁸), fatos esses que reforçam a ideia de que cabe ao Estado atuar com primazia na execução do serviço público de saúde.

Insta salientar, outrossim, que a “participação complementar” da iniciativa privada mediante contrato ou convênio como especificado acima, deve observar as normas de direito público. Nesse sentido, dispõe o artigo 24 da denominada Lei Orgânica da saúde (Lei Federal nº 8.080/90), “*verbis*”:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS). (grifos nossos).

Destarte, no que concerne à prestação de serviços de saúde, por reverberar o constituinte originário que deve dar-se mediante atuação direta do Estado, a regra é que não pode ser incluído entre aqueles serviços prestados mediante concessão ou permissão, não incidindo, portanto, o disposto no artigo 175⁹ da Constituição Federal. A

⁶ CRFB/88 Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

⁷ Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

⁸ Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências.

⁹ CRFB/88 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

gratuidade desses serviços – impossibilitando qualquer tipo de contraprestação, bem como a cobrança de tarifas dos usuários – é característica que também reforça essa ideia, já que o particular, nesse caso, é remunerado com as receitas advindas da tarifação dos usuários.

Nesse íterim, tem-se que o estabelecimento de um contrato que tenha por objeto a prestação do serviço público de saúde na sua integralidade, deve ser declarado manifestamente ilegal.

Corroborando com esse entendimento, leciona a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, ao comentar o artigo 199, §1º, da Constituição:

É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas “de forma complementar”, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não a sua gestão operacional. A Lei nº 8.080, de 19-9-90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS “forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área”, hipótese em que a participação complementar “será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público” (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos). Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-lo a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.¹⁰ (grifos nossos).

Não nos compete, no entanto, discorrer sobre as hipóteses de concessão e permissão de serviços públicos, uma vez que com a criação de pessoa jurídica na estrutura do Estado tendente à prestação de certo serviço público, não significa prestação do serviço pela iniciativa privada, mas mera delegação, pois conforme Eros Grau em sua obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, “ipsis litteris”:

através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 243/244.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

O aspecto crucial, atinente à situação jurídica das empresas públicas e das sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos – da generalidade das empresas estatais, em rigor –, é o pertinente à qualificação ou não qualificação delas como concessionárias ou permissionárias de serviço público. Em oportunidades anteriores insisti, reiteradamente, em que as empresas estatais prestadoras de serviço público – empresas públicas e sociedades de economia mista – ocupariam a situação de concessionárias desses serviços. Devo no entanto, agora, reformular esse entendimento. É que tais empresas, em verdade, são delegadas e não concessionárias de serviço público.¹¹ (grifos nossos).

Entretanto, impende destacar que a possibilidade do poder público instituir fundações de direito privado tendente à prestação de serviço público de saúde, é alvo de discussões em vários segmentos da sociedade, constando como objeto da ADI 4197, proposta pelo Conselho Federal da OAB, por meio da qual questiona as leis 6.346, 6.347 e 6.348, todas de 2008, do Estado de Sergipe. Acrescente-se que em parecer datado de 31 de janeiro de 2011 (n.º 3740/PGR-RG)¹², o Procurador Geral da República posicionou-se pela declaração da inconstitucionalidade de tais normativos.

A principal polêmica envolvendo a instituição de pessoas jurídicas de direito privado na estrutura do Estado com fito na prestação de serviços públicos essenciais, tais como o serviço de saúde, está atrelada ao fato de que por força do disposto no artigo 37, inciso XIX¹³, da Constituição Federal, a criação dessas fundações deve ser precedida de lei complementar que defina suas áreas de atuação, normativo esse que ainda não existe.

Saliente-se, outrossim, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4895, proposta pela Procuradoria Geral da República com vistas a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Federal n.º 12.550/2011, por meio da qual criou-se a Empresa Pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, alberga este fundamento.

¹¹ A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 141-2.

¹² EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Leis 6.346/2008, 6.347/2008 e 6.348/2008, do Estado de Sergipe. Criação da Fundação de Saúde “Parreiras Horta” – FSPH, da Fundação Hospitalar de Saúde – FHS e da Fundação Estadual de Saúde – FUNESA. Vício de inconstitucionalidade formal decorrente da ausência de lei complementar federal que defina as áreas de atuação das entidades. Ofensa ao art. 37, XIX, da CR. Não conhecimento do pedido relativamente à inconstitucionalidade material do art. 18, § 1º, das leis questionadas. Ausência de impugnação de todo o complexo normativo. Fundações estatais que prestam serviço público de saúde devem ter natureza jurídica de direito público, e seus servidores submetidos ao regime jurídico único. Parecer pelo conhecimento parcial da ação e, na parte conhecida, pela sua procedência. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204197.pdf>. Acesso em 18 fev. 2013.

¹³ Art. 37 Constituição Federal - [...]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

Uma outra questão, não menos importante, é atinente ao regime jurídico aplicável a essas entidades, sendo, inclusive, objeto de seminário realizado em julho de 2007 sob o tema “Aspectos Jurídicos da Fundação Estatal”, oportunidade em que juristas de renome discutiram acerca dos reflexos do regime jurídico aplicável às fundações públicas de direito privado na área da saúde, concluindo, em sua maioria, que apesar de serem dotadas de natureza de direito público e privado, as mesmas deveriam se sujeitar às normas de direito público, até porque seriam criadas para integrar a própria estrutura do Estado - administração indireta – sujeitando-se, pois, a um regime jurídico mínimo voltado à consecução do interesse público.¹⁴

Destarte, à falta de Lei Complementar que defina as áreas de atuação de fundações públicas de direito privado, a sua instituição com vistas à prestação de serviços públicos de saúde é inconstitucional. Acrescente-se que essa é norma que incide sobre todas as entidades de criadas pelo Estado com a mesma finalidade e dotadas de natureza de direito privado, tal qual a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, objeto da presente ação.

IV.2 EDUCAÇÃO: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

Conforme ensina a moderna doutrina¹⁵, 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).

Sob este aspecto, 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.

¹⁴ Transcrição das palestras proferidas no seminário. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/fundacao_estatal/arquivos/081003_PFE_Arq_discurso.pdf>. Acesso em 17 fev. 2013.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais. “Jus Navigandi”, Teresina, ano 8, n.º 378, 20.7.2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em 18 fev. 2013.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

Por sua vez, 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 incontestável.

A Constituição da República Federativa do Brasil 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”.

Do preceito constitucional em tela, 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.¹⁶

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

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).

O direito à educação, portanto, é um dos indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana, 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.

¹⁶ GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. “Jus Navigandi”, Teresina, ano 8, n.º 480, 30.10.2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 19 fev. 2013.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

De acordo com os ensinamentos do mestre José Afonso da Silva, a educação, atributo da pessoa humana, portanto, comum a todos, é elevada à categoria de serviço público essencial, “*verbis*”:

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).¹⁷ (grifos nossos).

Com efeito, aplicáveis ao direito fundamental à saúde, a educação também se reveste das características da universalidade e gratuidade quando prestada pelo Estado por meio das instituições de ensino oficial, aplicando-se-lhes, neste caso, as mesmas vedações no que tange à instituição de figura de direito privado para a sua concretização.

IV.2.1 DA CONTRADIÇÃO PÚBLICO X PRIVADO

A educação, em linhas gerais, visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, sendo prestada, no que tange ao nível superior, por meio da atuação das instituições privadas e públicas, sendo essas últimas denominadas de instituições oficiais de ensino superior, nessas incluídas as Universidades Federais.

Nessa perspectiva, surge o seguinte questionamento: como conciliar os objetivos de uma instituição pública de ensino com os objetivos de uma pessoa jurídica de natureza privada que visa a rentabilidade?

Essa é só mais uma das perguntas que se faz considerando o fato da EBSEERH ser uma empresa de natureza privada.

No que pertine à universalidade e gratuidade das quais se revestem o

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, págs. 809/810.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

direito à educação, enuncia o saudoso constitucionalista José Afonso da Silva “in verbis”:

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 Estado¹⁸. (grifos nossos).

Conforme salientado alhures, em seu artigo 205 a Constituição Federal estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado, elevando-a a verdadeira condição de serviço público. Mais adiante, no artigo 206, prescreve que o ensino será ministrado com base nos princípios que elenca¹⁹.

Por outra parte, o artigo 208, inciso V, da Constituição Federal, ressalta que o dever do Estado para com a educação será efetivado mediante a garantia do “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Com arrimo em tais dispositivos, uma conclusão que se pode extrair é que a educação, quando ministrada pelo Estado, ou seja, em estabelecimentos oficiais, deverá ser oferecida de forma gratuita, uma vez que essa regra decorre, em primeiro lugar, de um princípio constitucional que tem aplicabilidade imediata e também de um dispositivo legal: o artigo 3º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Neste diapasão, importante destacar o ensinamento de Marcos Augusto

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

¹⁹ CFRB/88 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, 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.

CFRB/88 Art. 2069. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006](#))

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006](#))

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006](#))



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

Maliska, que reforça a ideia da gratuidade do ensino em estabelecimentos de ensino oficiais, “*verbis*”:

[...]Todos os estabelecimentos de ensino público, sejam de grau fundamental, médio ou superior, são gratuitos. Se o Estado criar uma nova universidade, por exemplo, ela deverá ser gratuita também. Todo investimento público, em estabelecimentos públicos de ensino, implica a gratuidade de sua oferta. A universalização, garantida ao ensino fundamental como direito subjetivo público, não implica afirmar que o Estado possa manter estabelecimentos públicos de ensino médio e superior não gratuitos, mas que o Estado promoverá a universalização do ensino médio, criando escolas públicas gratuitas para suprir a demanda e, no tocante ao ensino superior, garantirá a gratuidade nas instituições oficiais e fiscalizará o ingresso segundo a capacidade intelectual individual.

(...)

Sendo o ensino superior aquele que irá produzir os futuros líderes do país, aqueles que serão responsáveis pela direção política, econômica, social e cultural, não se pode, em uma sociedade democrática, deixar tal responsabilidade nas mãos da iniciativa privada, através do ensino superior pago, pois o desenvolvimento da capacidade intelectual não pode ser limitado pelas condições econômicas do cidadão. O único critério é o intelectual e é um dever do Estado preocupar-se com a elite intelectual, preocupação que deve levar em conta que a intelectualidade não é reflexo da posição social do indivíduo.²⁰ (grifos nossos).

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 visa ao lucro - tal qual a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Nesse sentido, tem-se que o repasse da gestão do HU/UnB 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. Isso porque 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 legislador constituinte, sendo preteridas as pesquisas que não atendam às expectativas da geração de grande margem de lucro.

Em artigo publicado, Robinson dos Santos e Antônio Inácio Andrioli abordam essa questão, lecionando “*in verbis*”

²⁰ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: safE, 2001, p.209, 232-233.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

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 progressivo aumento das privatizações é a prova mais evidente disso e como se não bastasse, a educação, que já é em parte controlada pela iniciativa privada, está sendo entregue de uma vez por todas ao domínio do capital. 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.' (grifos no original)²¹

Destarte, o repasse da gestão do HU/UnB à EBSEH evidencia risco iminente, repercutindo no comprometimento das pesquisas desenvolvidas na área de saúde pela Universidade de Brasília. Isso porque conforme ressaltado alhures, o hospital está sendo gerenciado por empresa que segue a lógica de mercado privado, que pode fulminar as pesquisas que não atenderem aos objetivos de produtividade e geração de recursos, o que pode culminar, inclusive, no afastamento da comunidade acadêmica das atividades desenvolvidas.

Ora, o Hospital Universitário de Brasília, integrante da rede pública oficial de ensino, não dispõe de patrimônio rentável, e por fazer parte da estrutura do Sistema Único de Saúde, pauta-se nos mandamentos constitucionais a ele inerentes, especificamente quanto à universalidade e gratuidade dos serviços prestados na área de saúde e, ainda, da educação, disso resultado sua necessária abstinência quanto à contraprestação pelos serviços prestados a seus usuários.

Repise-se o conteúdo da Súmula Vinculante n.º 12²² anteriormente citada, que proíbe até mesmo a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas

²¹SANTOS, Robinson dos.; ANDRIOLI, Antônio Inácio. *Educação, globalização e neoliberalismo: o debate precisa continuar*. Disponível em: <<http://www.rioei.org/deloslectores/905Santos.pdf>>. Acesso em 27 jan. 2013.

²²STF - Súmula Vinculante n.º 12: A cobrança de taxa de matrícula nas Universidade Públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

O fato é que as instituições públicas oficiais de ensino e de saúde, abarcados a Universidade de Brasília e o Hospital Universitário, não podem cobrar qualquer valor quando da prestação desses serviços públicos, especialmente pelo fato de que os direitos referenciados se revestem de universalidade e gratuidade nos termos da Carta da República de 1988.

Por outro lado, o Hospital Universitário, assim como os demais HUS do Brasil, integram o maior e mais considerável dos conjuntos de instituições de saúde por meio do qual os cidadãos têm acesso a um tratamento oriundo de pesquisas inovadoras realizadas nos centros acadêmicos, e que proporcionam, por via de consequência, o acesso da população a procedimentos de alta complexidade na rede pública. Não há garantias, no entanto, se a partir da gestão do HU/UnB pela EBSEH, a atuação do hospital-escola vinculado à UnB permanecerá voltada à consecução dos interesses sociais em matéria de saúde e educação, o que pode implicar em inevitável retrocesso nessas áreas.

Destarte, constituindo-se em resposta à política de saúde assentada no Sistema Único de Saúde, e estando implicados com o processo de pesquisa inovadora e no desenvolvimento da ciência brasileira nessa área, o Hospital Universitário de Brasília possibilita, pois, aos trabalhadores pobres do Distrito Federal e entorno o acesso aos procedimentos que empregam tecnologias mais avançadas, de forma universal e gratuita, de modo que o fato da EBSEH constituir-se em empresa de natureza privada - que repise-se, visa a lucratividade - é fato que por si só justifica a anulação dos atos administrativos emanados da reitoria da Universidade de Brasília com fito no repasse de sua gestão a referida empresa.

Ocorre que os problemas oriundos da entrega da gestão do Hospital Universitário de Brasília não param por aí. Tal arranjo implica, ainda, em ataque frontal ao artigo 207 da Constituição Federal, que trata da autonomia universitária e da conexão entre ensino, pesquisa e extensão. Isso porque, conforme será demonstrado adiante, com a Ebserh, o Hospital Universitário de Brasília poderá deixar de ser um espaço de ensino, passando a integrar um cenário conduzido pela lógica empresarial, em contraposição à natureza universitária, regida pelo princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, bem como pela autonomia universitária.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

IV.2.2 DIREITO À EDUCAÇÃO E PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA E INDISSOCIABILIDADE ENTRE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO

Constituindo-se direito fundamental de caráter universal conforme salientado alhures, a educação de nosso país é prestada por meio da atuação de entidades públicas e privadas, ambas submetidas às normas gerais da educação nacional e, especialmente, aos princípios e fundamentos constitucionais estabelecidos no artigo 206 e seguintes da Constituição da República. No que concerne à materialização do direito à educação superior pública, esta compete às Universidades Federais.

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 (art. 207 da CFRB), e gozam de certas prerrogativas, entre elas a gratuidade do ensino público, acesso universal e a autonomia universitária, sendo esta última elemento que a distingue das demais instituições descentralizadas da administração.

Com efeito, a também denominada autonomia institucional – elevada ao patamar de garantia constitucional a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 – é assegurada às Universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica com fito na concretização de seu mister constitucional, encontrando previsão no artigo 207 da Carta da República, que assim dispõe, “in verbis”:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

[...]

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (grifos nossos).

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

contempla o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, elementos estruturantes do modelo de universidade hoje em vigor.

É de bom alvitre acrescentar que em ambos os casos, tem-se norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, e que por via de consequência, produz efeitos independentemente de mediação legislativa infraconstitucional, bem como não pode sofrer restrição ou supressão por meio de legislação ordinária.

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.

Outrossim, 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.

É o constitucionalista José Afonso da Silva que nos apresenta o conceito de autonomia, reverberando que ela é “a capacidade de agir dentro de círculo preestabelecido”²³, 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.

Por outro lado, dotada de dimensões de ordem positiva e negativa, a primeira atrelada aos aspectos didático-científico, administrativo e de gestão financeira e patrimonial, e a segunda, respectivamente, atinente à liberdade pública que lhe é inerente, de modo que pode ser exercida contra o próprio Estado, é certo que o conceito de autonomia universitária não pode ser interpretado como uma garantia absoluta, muito menos equiparado à noção de soberania. Isso porque no gozo de tal prerrogativa, está a Universidade, quanto às suas escolhas, vinculada aos objetivos a serem atingidos, esses informados pela própria Constituição Federal²⁴.

²³SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros: 2003, p. 482.

²⁴ DELIGDISCH, Marta Elizabeth. *A Autonomia Universitária Didático-Científica e o indispensável atendimento aos anseios sociais*. Disponível em: <repositorio.ufsc.br/handle/123456789/35768?show=full>. Acesso em: 23 fev. 2013. Destaque-se: [...] os diversos objetivos traçados pela Constituição e nos quais devem se inspirar todas as ações do Estado, da Sociedade e da Universidade, a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

Outrossim, em sua atuação, deverá atender especificamente aos princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber – artigo 206, inciso II, da CRFB –, do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas – artigo 206, inciso III, da CRFB –, da garantia do padrão de qualidade – artigo 206, inciso VII, da CRFB –, e da articulação indissociável entre o ensino, a pesquisa e a extensão – artigo 207, da CRFB²⁵, dados esses que sinalizam respeito incontestemente à Constituição Federal, especialmente ao princípio da legalidade, assim como as demais entidades integrantes da administração pública indireta.

Em harmonia com a tese encampada, ressoa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “in verbis”:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 17 DA LEI Nº 7.923, DE 12.12.89, CAPUT DO ART. 36 DA LEI Nº 9.082, DE 25.07.95, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 3º E ART. 6º DO DECRETO Nº 2.028, DE 11.10.96. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS UNIVERSIDADES. PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL E DE SINDICATO NACIONAL PARA PROPOR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. [...]

3. 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.

4. Pedido cautelar indeferido quanto aos arts. 1º e 6º do Decreto nº 2.028/96.

5. Ação direta conhecida, em parte, e deferido o pedido cautelar também em parte para suspender a eficácia da expressão “judiciais ou” contida no parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 2.028/96.

(Supremo Tribunal Federal - ADI 1599 MC, Relator Min. Maurício Corrêa, MAURÍCIO CORRÊS, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1998, DJ 18-05-2001 PP-00430 EMENT VOL-02031-03 PP-00448). **(grifos nossos)**.

Na mesma linha do precedente colacionado “ipsis litteris”:

saber: a) o Brasil é um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social – Preâmbulo da Constituição da República; b) são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: b.1) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b.2) garantir o desenvolvimento nacional; b.3) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; b.4) promover o bem de todos, sem qualquer preconceito – artigo 3º, da CRFB; c) a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça social – artigo 193, CRFB; d) a promoção da educação, pelo Estado, deve ser incentivada pela colaboração da Sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho – artigo 205, da CRFB; e) a elaboração do Plano Nacional de Educação deve conduzir à promoção humanística, científica e tecnológica do País – artigo 214, inciso V, da CRFB; f) a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional – artigo 218, §2º, da CRFB.

²⁵ C.F. DELIGDISCH *Ob., cit.*, pg. 12.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

UNIVERSIDADE BRAZ CUBAS. CURSO DE ODONTOLOGIA. FECHAMENTO POR INOBSERVANCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGENCIA. PORTARIA N. 196, DE 3-2-94, DO MINISTRO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO. [...]

II - A AUTONOMIA UNIVERSITARIA, PREVISTA NO ART. 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO PODE SER INTERPRETADA COMO INDEPENDENCIA E, MUITO MENOS, COMO SOBERANIA. A SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NÃO TEVE O CONDÃO DE ALTERAR O SEU CONCEITO OU AMPLIAR O SEU ALCANCE, NEM DE AFASTAR AS UNIVERSIDADES DO PODER NORMATIVO E DE CONTROLE DOS ORGÃOS FEDERAIS COMPETENTES. [...]

IV - MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO”.

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - MS 3318/DF, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 31.05.1994, DJ 15.08.1994 p. 20271). (**grifos nossos**).

Percebe-se, portanto, que a autonomia assegurada às Universidades e instituições de pesquisa não é irrestrita, devendo ser interpretada em observância aos demais preceitos constitucionais.

Disso resulta a irregularidade no procedimento adotado pela Universidade de Brasília no que tange ao repasse da gestão do Hospital Universitário de Brasília (HUB) - unidade vinculada – à EBSEERH, que culminou em mácula a diversos preceitos constitucionais, entre os quais a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, também contemplado no artigo 207 da Carta Constitucional.

Ora Excelência, os hospitais-escola, nesses incluídos o Hospital Universitário de Brasília, diversamente do que ocorre com as Universidades, não gozam de autonomia/independência, sendo vinculado à instituição pública de ensino superior, neste caso, à Universidade de Brasília. Apresentando-se, pois, como unidade que funciona em caráter complementar ao ensino ministrado nos cursos da área de saúde da Universidade de Brasília, os HU/UnB é instrumento voltado às funções de ensino, pesquisa e assistência à comunidade. Opera, pois, a serviço das UnB na realização de seu mister constitucional.

Nesse sentido, tem-se que as atividades de assistência médico-hospitalar desenvolvidas no HUB se encaixam no eixo da extensão universitária, de modo que é a partir dessas atividades que a intervenção da universidade na comunidade se perfectibiliza,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

concretizando-se, pois, a almejada “difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição”, nos termos do que propõe o artigo 43, VII, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.²⁶

Outrossim, o Hospital Universitário de Brasília volta-se à aplicação prática dos conteúdos ministrados na academia aos universitários do curso de medicina e demais cursos oferecidos na área de saúde, sendo ambiente voltado primariamente à experimentação e pesquisa aplicadas.

Destarte, repassar a gestão do Hospital universitário de Brasília à EBSEH, entidade estranha à estrutura à Universidade de Brasília, afeta elemento essencial da própria unidade hospitalar, pois conforme salientado alhures, é utilizado como campo de extensão e aplicação dos conteúdos ministrados nas faculdades de saúde da instituição, importando o contrário, portanto, em prejuízos significativos à qualidade não só do curso de medicina, como também de outros cursos da área de saúde ofertados pela UnB.

Ora, aceitar que a EBSEH controle o Hospital Universitário de Brasília é medida irrazoável. Isso porque tal comportamento afasta a entidade das demais atividades que compõem o próprio conceito de “universidade”, quais sejam: a pesquisa, o ensino e a extensão, de modo que não é possível cogitar a preservação desses elementos a partir do ato de adesão, principalmente se considerarmos o fato de que a nova entidade controladora é dotada de natureza jurídica distinta da instituição protegida por essas prerrogativas.

Nesse caso, podemos dizer que o próprio princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, insculpido no artigo 207 da Carta política junto ao princípio da autonomia universitária, é norma que limita a atuação da ré, na medida em que veda a dissociação entre os três aspectos fundamentais do conceito de universidade.

Com efeito, os três elementos de que trata o art. 207 - a pesquisa, o ensino e a extensão – devem apresentar-se associados e integrados na vida universitária, de sorte a criar-se verdadeiro “ciclo virtuoso” de produção, aplicação e difusão de conhecimento. Isso porque o ensino transmite e reproduz o conhecimento, que a pesquisa aprimora e produz.

²⁶ Artigo 43 da Lei nº 9.394/1996 - A educação superior tem por finalidade: [...] VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

A extensão, por sua vez, difunde, democratiza e socializa a informação e o ensino, ao tempo em que confronta-o com as práticas e expectativas da comunidade. Os três elementos são interdependentes, portanto.

Ora, 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.

Desse modo, fica claro que a Universidade de Brasília não se atentou às disposições do artigo 207 da Carta Magna de 1988 ao aderir à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, uma vez que a administração do Hospital Universitário de Brasília – unidade hospitalar vinculada à UnB que presta serviços de saúde à população do Distrito Federal e entorno - pela referida empresa pública, importa em separação dos elementos a que se refere a norma constitucional como “indissociáveis”.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União em trecho do relatório ofertado no acórdão 3463/2012-TCU/Plenário decidiu, “*verbis*”:

[...] a indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão das universidades prevista no artigo 207 da Constituição Federal, conjugada com a autonomia universitária também consagrada constitucionalmente, impedem que se admita a possibilidade de essas universidades entregarem a gestão de seus HUs, parte central da formação da mão de obra da saúde neste país, a uma entidade externa à universidade.²⁷(grifos nossos).

Do mesmo modo, e partindo do pressuposto de que a EBSEH assumiu o controle total do HUB a partir da assinatura do contrato de gestão, não há que se cogitar da preservação da autonomia universitária. Isso porque a referida empresa, assim como a Universidade de Brasília, goza de autonomia no desenvolvimento de suas atividades, o que implica necessária abstenção da Universidade de Brasília quanto às suas decisões no comando diretivo do HU/UnB. A EBSEH, em suas relações com a UnB, funciona, pois, a partir do ato de gestão, como um mero contratado da Universidade, que, em tese, não poderá interferir nos procedimentos adotados pela entidade, que, repise-se, também possui autonomia

²⁷ Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 14 fev. 2013.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

em suas decisões.

Ao lecionar sobre os perigos das proposições legislativas de apartar os hospitais universitários – que a seu ver materializam o princípio da indissociabilidade do ensino, da pesquisa e da extensão em matéria de saúde pública - da estrutura das Universidades, sintetiza Dalmo Dallari:

[...] Ora, os chamados Hospitais Universitários são escolas de nível superior, são instituições de ensino, integrando, portanto, a área da Educação. E no entanto essa área não está entre as que o projeto define, no art. 1º, como aquelas em que poderão ser instituídas ou criadas fundações. Assim, obviamente, um projeto instituindo uma fundação, ou autorizando sua criação na área da educação será ilegal, porque a fundação, nesse caso, estará sendo instituída ou criada numa área não integrante daquelas enumeradas na Lei Complementar definidora das áreas em que as fundações serão admitidas. Aí está uma contradição insuperável.

Além desse absurdo lógico e jurídico, ocorre ainda que por disposição expressa e clara do art. 206, inciso IV, da Constituição, um dos princípios a serem observados na ministração do ensino é a “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”. Ocorre que, como já foi observado, um Hospital Universitário, criado e mantido pelo Poder Público, é um estabelecimento oficial de ensino que, conforme princípio constante do art. 207 da Constituição, integra, indissociavelmente, ensino, pesquisa e extensão. O que lhe dá a característica de Hospital Universitário é justamente o fato de estar integrado numa Universidade, uma instituição de ensino superior. Por todas essas características e por outros pontos que poderiam ser acrescentados, um hospital universitário oficial não tem um patrimônio rentável, dependendo, fundamentalmente e em caráter permanente, do recebimento de recursos orçamentários. Assim, portanto, é incompatível com a natureza de uma fundação. Note-se, ainda, que o projeto foi apresentado e vem sendo defendido como se interessasse apenas à área da saúde, o que não corresponde à realidade, como se verifica pela enumeração de áreas expressa no projeto. E, apesar disso, os especialistas e os responsáveis pelos serviços públicos essenciais das outras áreas não foram e não estão sendo ouvidos. Isso tem consequências negativas muito graves, por exemplo, na área da educação, em que vem sendo desenvolvido um grande esforço, com resultados muito positivos, para valorização do pessoal mais qualificado e para efetivo controle das entidades prestadoras dos serviços. Se universidades públicas que oferecem cursos e propiciam estudos e pesquisas na área da saúde forem colocadas no regime de direito privado, como fundações estatais, esse trabalho moralizador e incentivador da melhoria da qualidade dos serviços não poderá ter continuidade e haverá inevitável retrocesso.²⁸ (grifos nossos).

Destarte, demonstrado que o ato de adesão à EBSEH configura flagrante violação ao artigo 207 da Constituição Federal, a nulidade do contrato de gestão firmado, bem como das decisões tomadas pela referida empresa a partir de sua assinatura, é

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Fundações estatais: proposta polêmica. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/index.php/rdisan/article/view/13147/0>>. Acesso em: 19 fev. 2013.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

medida que se impõe.

IV.2.3 DA IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA PELO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA COMO INSTITUIÇÃO OFICIAL DE ENSINO E DE SAÚDE PÚBLICA

De acordo com o artigo 173 da Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, observados os princípios da propriedade privada, da livre concorrência e defesa do consumidor, sem perder de vista a produção de lucro que é própria da exploração de tal atividade.

A exploração direta pelo Estado deve ser feita mediante empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, todas de natureza privada, aproximando o figurino estatal ao das empresas do setor privado, de forma a preservar a livre concorrência que deve nortear a atividade econômica e financeira, cabendo ao Estado, ainda, reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (§ 4º).

O Capítulo da Ordem Econômica e Financeira da Constituição também permite que o Poder Público explore, diretamente ou mediante concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos mediante política tarifária (artigo 175).

Esse, todavia, não é o cenário jurídico próprio que o Sistema Único de Saúde e o ensino público prestado pelo Hospital Universitário de Brasília, pertencente à Universidade de Brasília, possa se encaixar, pois conforme leciona o jurista Marlon Weichert, a prestação do serviço público de assistência à saúde (valendo a mesma disposição para a prestação de serviços públicos em matéria de educação) da população por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) é atividade típica de Estado “[...] serviço público de relevância pública, que não pode ser transformado em atividade econômica”²⁹. O autor completa “in verbis”:

²⁹ WEICHERT, Marlon Alberto. Fundação estatal no serviço público de saúde: inconsistências e inconstitucionalidades. Disponível em: <<http://cidadelivre.files.wordpress.com/2011/03/artigo-marlon.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

[...] parece-nos que a prestação de serviços públicos de saúde é exclusiva de instituições estatais regidas pelo direito público, enquanto a realização de atividades econômicas pode ser afetada a pessoas jurídicas estatais de direito privado, tais como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e, também, as novéis fundações. [...] 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. (grifos nossos).

Não é demais repetir que o hospital universitário de Brasília, assim como os demais hospitais-escola, reúne atividades públicas universais e gratuitas de natureza híbrida (educação-saúde), tais como ensino, pesquisa e extensão, esta última materializada sob a forma de assistência à saúde prestada à população no processo do ensino acadêmico, sendo o cumprimento da grade curricular perfectibilizado a partir do convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme reverbera o a Lei nº 8.080, de 1990 em seu artigo 45 “verbis”:

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. (grifos nossos).

Ora, as instituições oficiais de ensino e de saúde públicas, tais quais a Universidade de Brasília e seu Hospital Universitário – HUB, não prestam serviços à União, mas sim à população, que recolhe tributos para o custeio de tais ações a cargo do Estado por determinação constitucional. Eis os termos constitucionais que justificam tal assertiva:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

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.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

Embora a Lei preveja que a empresa pública federal (Ebserh) terá 100% do capital integralizado pela União, há possibilidade de criação de subsidiárias regionais, as quais poderão alienar, no todo ou em parte, o capital da entidade, nos termos dos artigos 251 a 253 da Lei das Sociedades Anônimas. (grifos nossos).

No que tange ao financiamento das atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde, conforme sobressai do artigo 32, § 5º da Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080, de 1990), serão co-financiadas pelo SUS e pelas universidades, custeadas com recursos do orçamento fiscal, além de investimentos (operações de crédito) que podem ser realizados pelos entes da Federação no âmbito de suas políticas de saúde.

Nesse sentido, percebe-se que o padrão de operação das sociedades anônimas não se demonstra, sem dúvida alguma, compatível com os pressupostos constitucionais delineados para o Estado cumprir com o seu dever de prestar saúde pública e oferecer ensino público, serviços esses universais e gratuitos nos termos da Carta Constitucional.

Disso resulta a ilegalidade no proceder da Universidade de Brasília quando repassou a gestão do Hospital Universitário – HU/UnB para a EBSEERH. Isso porque a Lei 12.550/2011 referencia no § 2º do artigo 1º, que a EBSEERH está autorizada a criar subsidiárias para o desenvolvimento de atividades inerentes ao seu objeto social, neste caso, a prestação de serviços públicos de saúde e educação³⁰.

Com efeito, coexistem na atualidade duas modalidades de subsidiárias, que podem ser integrais ou simples. No que tange à modalidade integral, é espécie em que a empresa controladora detém 100% (cem por cento) de suas ações, constituindo exceção à

³⁰ Lei 12.550/2011. Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública unipessoal, na forma definida no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei no 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 5º do Decreto-Lei no 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEERH, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Educação, com prazo de duração indeterminado. [...]

§ 2º Fica a EBSEERH autorizada a criar subsidiárias para o desenvolvimento de atividades inerentes ao seu objeto social, com as mesmas características estabelecidas no caput deste artigo, aplicando-se a essas subsidiárias o disposto nos arts. 2º a 8º, no caput e nos §§ 1º, 4º e 5º do art. 9º e, ainda, nos arts. 10 a 15 desta Lei.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

norma do artigo 80 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.407, de 1976)³¹, que exige a subscrição, por no mínimo 2 pessoas, das ações.

Ocorre que nessa modalidade de subsidiária - integral – existe a possibilidade de alienação, no todo ou em parte, assim como previsão de aumento de seu capital. Nesse cenário, a subsidiária integral passaria a ser subsidiária simples.

Aplicando este raciocínio à EBSEERH, autorizada a constituir subsidiárias integrais, tem-se que a mesma pode, em momento posterior, alienar parte de suas ações ao setor privado, de forma que empresas particulares podem ser autorizadas a operar no ensino público e na prestação de serviços de saúde – de competência do SUS - no âmbito do Hospital Universitário de Brasília, o que a toda evidência, sinaliza indevida privatização desses serviços públicos e facilitação ao repudiável sistema de “dupla porta”³². Ademais, a medida também poderá ensejar dilapidação do patrimônio público, já que neste caso, os bens pertencentes ao Estado passariam a receber tratamento afeto aos bens privados (promiscuidade da utilização do público pelo privado).

Acrescente-se, outrossim, no que tange às características e natureza da companhia ou sociedade anônima, que essas estão definidas na Lei nº 6.404/1976, sendo estabelecido que a S/A terá o capital dividido em ações (artigo 1º³³), e pode ter por objeto qualquer empresa de fins lucrativos. Um outro dado importante do mencionado diploma legal está no § 1º do artigo 2º³⁴, o qual reverbera que qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

Esses são fatos que tornam altamente questionável o figurino desenhado para a entidade de natureza privada criada com o propósito de gerenciar 45 hospitais-escola

³¹ Lei 6.404/1976. Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares:
I - subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto;
II - realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro;
III - depósito, no Banco do Brasil S/A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro.

Parágrafo único. O disposto no número II não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social.

³² Mecanismo no qual os segurados de planos de saúde utilizam o Sistema Único de Saúde sem ressarcir-lo, viabiliza a utilização da capacidade operacional – no todo ou em parte - do sistema público federal de saúde (SUS) a pacientes particulares e de convênios privados; propicia a promiscuidade na utilização do patrimônio público pelo privado, de modo que o atendimento eficiente à população carente e daqueles que realmente dependem do SUS é preterido.

³³ Lei 6.404/1976. Art. 1º. A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

³⁴ Lei 6.404/1976. Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.
§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

das universidades públicas federais, entre eles o Hospital Universitário de Brasília, incumbido do ensino, pesquisa e extensão, o que, no último caso, conforme mencionado alhures, se faz por meio de convênio com o Sistema Único de Saúde - SUS, nos termos da Lei nº 8.080, de 1990.

Ora, a prestação de serviços públicos de saúde e educação pelo Estado não são atividades mercantis que possam ser ofertadas por empresas públicas constituídas sob a forma de sociedade anônima, pois constitucionalmente não há possibilidade de exploração de atividade econômica por instituição oficial de ensino e de saúde pública, bens públicos que não podem e não devem se submeter aos imperativos do mercado.

Destarte, essa é outra vertente que sinaliza a impossibilidade, juridicamente falando, de subsistência do ato de adesão e posterior contratualização da Universidade de Brasília com a EBSEERH, tendo por objetivo o repasse da gestão do Hospital Universitário de Brasília ao comando da referida empresa, de modo que os referidos atos devem ser imediatamente anulados.

IV.3 DA SUBMISSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA AO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

Em um primeiro momento, cumpre esclarecer que a instrução dos autos permitiu evidenciar que uma das razões mais contundentes, e talvez única justificativa plausível para a Universidade de Brasília aderir à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares está atrelada aos problemas advindos com o quadro funcional do Hospital Universitário de Brasília. Segundo informações, as atividades fim e meio desenvolvidas atualmente no âmbito do HUB são exercidas por servidores das carreiras do Ministério da Educação - MEC, Ministério da Saúde - MS, Secretária de Estado da Saúde do Distrito Federal - SES/DF, além de prestadores de serviço contratados diretamente sem intermediação de Fundações de Apoio, diferente do que acontece em outras instituições públicas federais.³⁵

³⁵ Vide fls. 97/100 PI (Nota Informativa n.º 590/DMI/SEGES-MP) – Cópias extraídas do ICP 1.16.000.001870/2009-27.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

Com efeito, extrai-se do parecer encaminhado pela Universidade de Brasília a este Órgão Ministerial em resposta ao Ofício n.º 9084/2012-PPP (Ofício n.º 1039/2012/FUB-UnB, de 27/11/2012), ofertado pelo Conselho Universitário da UnB (CONSUNI) em sua 91ª reunião, acerca da proposta de adesão à EBSEH “ipsis litteris”:

[...]

2. A situação atual do HUB

A importância do HUB nas atividades de ensino, pesquisa e extensão é notória em nosso meio. Como ilustração, podemos observar o quantitativo de estudantes em atuação no hospital. No primeiro semestre de 2012, considerados os cursos de Enfermagem, Nutrição, Farmácia, Odontologia, Serviço Social, alunos internos do curso de Medicina e alunos da pós-graduação em Ciências Médicas, Medicina Tropical e e Patologia Molecular, 623 estudantes estão atuando no hospital. A este número somam-se os médicos residentes (162) e os residentes multiprofissionais (64).

Do ponto de vista do porte hospitalar, o HUB é considerado pelo MEC um hospital de tamanho médio, levando em conta a quantidade de leitos e a força de trabalho em atuação.

QUADRO 1 – Leitos operacionais do HUB

UNIDADE DE HOSPITALIZAÇÃO	LEITOS OPERACIONAIS
CLÍNICA MÉDICA	57
ONCOLOGIA CLÍNICA	6
CLÍNICA MÉDICA-CPA	12
CLÍNICA PEDIÁTRICA	16
CLÍNICA PEDIÁTRICA-CPA	8
CIRURGIA PEDIÁTRICA	18
CLÍNICAS CIRÚRGICAS	54
CENTRO DE GINECO/OBSTRÍCIA	28
UNIDADE DE TRANSPLANTE	6
ALCON	4
SUB-TOTAL	209
UTI NEONATAL	4
UNIDADE INTERMEDIÁRIA NEONATAL	4
UTI ADULTO	6
SUB-TOTAL	14
TOTAL	223

Fonte: HUB - Divisão de Custos e Planejamento

A força de trabalho do HUB atualmente é contratada da seguinte forma

Quadro 2 - Composição da força de trabalho do HUB

NÍVEL	FUB	MS	SES	SICAP	TOTAL
Nível Superior	270	50	31	288	639
Nível Médio	420	98	3	353	874
Nível Apoio	39	65	0	0	104
TOTAL	729	213	34	641	1617

Fonte: HUB

Os contratos de terceirização de mão de obra complementam esta força de trabalho



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

com mais 624 funcionários (dados tendo por base o mês de março de 2012, segundo a Divisão Administrativa do HUB). Estes contratos representam um custo anual de aproximadamente 16 milhões de reais.

No que diz respeito às receitas, o HUB conta com duas fontes de financiamento: o Tesouro e a UnB. O total de receitas em 2011 chegou a R\$ 118.645.668,87.

A fonte Tesouro pode ser analisada em termos de recursos advindos do Ministério da Saúde e daqueles que provém do Ministério da Educação.

No caso do Ministério da Saúde, os serviços pactuados com o SUS, cujo gestor no Distrito federal é o Governo por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde, representaram, em 2011, pouco mais de 25 milhões de reais (21 % do total das receitas). Para 2012, as negociações em torno de uma nova contratualização com o SUS apontam para uma receita de aproximadamente 32 milhões de reais. Destacam-se, ainda, os recursos provindos do Fundo Nacional de Saúde, que representaram 27% da receita anual em 2011.

Outra importante força de financiamento, obtida pela primeira vez em 2011, foi o Programa de Revitalização dos Hospitais Universitários – REHUF. Nesse ano, o REHUF foi responsável por um aporte de R\$ 11.375.106,68, o que equivale a 9,5% da receita total.

Os demais recursos provenientes do MEC são destinados ao pagamento do pessoal do quadro efetivo e às bolsas de residência médica.

O modelo de gestão do HUB, como de resto dos demais hospitais universitários, apresenta sinais de insustentabilidade. Tais sinais são evidentes, em nosso caso, quando analisada a necessidade permanente de financiamento das atividades do hospital pelo orçamento da FUB e a condição de trabalho precarizada de um contingente de seus trabalhadores. Como vimos, na composição da força de trabalho, ilustrada pelo quadro 2, cerca de 40% do pessoal do HUB é precarizado (integra a folha do SICAP). Esta situação já foi apontada, de forma mais abrangente, no acórdão TCU 3005/2009, já apreciado por este Consuni por ocasião da análise da situação do CESPE.

O descompasso entre as receitas e as despesas do HUB tem obrigado a FUB a realizar constantes aportes de seus recursos. Em 2011, estes aportes totalizaram 14,6 milhões de reais (ou seja, em 2011 a FUB respondeu por 12% dos recursos empregados no hospital). Até 15/05/2012, estes repasses já totalizam 10,2 milhões de reais. Estes valores tem permitido o pagamento da folha de servidores SICAP (86% dos repasses realizados pela FUB em 2012 e 65,5% dos repasses realizados pela FUB em 2011) e de faturas da CEB e da CAESB, além de outras despesas eventuais.

Mesmo com as previsões de aumento nas receitas provenientes do SUS e do REHUF, que devem reduzir a necessidades de aportes da FUB nos próximos meses, além das emendas parlamentares que vêm contemplado o hospital, estes dados demonstram que o quadro orçamentário-financeiro do HUB é insustentável para a FUB e pode comprometer a expansão de seus serviços e mesmo a manutenção de alguns deles.[...] (fls. 36-v/38 PI) (grifos nossos).

Após apresentar a situação precária do quadro funcional do HUB, o parecer, da lavra do Decano de Administração da UnB, Professor Eduardo Raupp de Vargas, analisa a hipótese de adesão à EBSERH. Destacam-se, pois, os seguintes trechos relativos à suposta resolução dos problemas com a precariedade da mão de obra do referido hospital universitário “*verbis*”:

[...]

3. Análise e Parecer [...]



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

3.3 A situação dos trabalhadores do hospital

A situação dos trabalhadores deve ser analisada de acordo com o tipo de contratação hoje vigente. Como vimos na seção 2, o HUB conta com três tipos de contrato: os servidores do quadro (FUB e cedidos pelo Ministério da Saúde e Secretaria de Estado da Saúde do DF), servidores precarizados (SICAP) e terceirizados.

Os servidores do quadro poderão ser cedidos à EBSEERH nos termos do contrato que venha a ser celebrado (art. 7º da lei 12550). Nesses casos, os servidores podem optar pelos vencimentos da FUB ou da EBSEERH e terão assegurados os direitos que possuem na FUB. Os custos da cessão serão da EBSEERH. O número de servidores cedidos será pactuado no contrato.

Os servidores precarizados (SICAP) poderão ser absorvidos por meio de contratação temporária, conforme previsto no artigo 11º da lei 12550. Estas contratações temporárias não podem exceder cinco anos. Esta contratação, no entanto, será precedida de processo seletivo simplificado. Não se trata, portanto, de uma transposição pura e simples. O número de servidores que serão contratados nesta modalidade dependerá também da avaliação da EBSEERH sobre as necessidades de pessoal do HUB e seria objeto de análise do grupo de trabalho paritário a ser formado antes da celebração do contrato.

Já os contratos de terceirização em vigência seriam integralmente absorvidos pela EBSEERH. A definição dos futuros contratos de terceirização seria prerrogativa da EBSEERH que pode definir áreas e quantitativos, desde que atendidos os termos pactuados no contrato com a FUB.

3.4 A questão orçamentária e financeira

Do ponto de vista orçamentário e financeiro, a EBSEERH, uma vez contratada, assume toda a gestão do hospital universitário. A contrapartida contratual da FUB se dá na cessão dos servidores do quadro para atividades assistenciais e administrativas. A universidade passa a monitorar e avaliar o desempenho do HUB com base nos indicadores e metas definidos no contrato com a EBSEERH.

Objetivamente, isto implica que os repasses crescentes realizados pela FUB não serão mais necessários. Isto porque eles são fundamentalmente voltados ao pagamento da folha de pessoal do SICAP. Estas despesas, assim como outras de custeio eventualmente cobertas pela FUB, passariam a ser cobertas pelo orçamento próprio da EBSEERH. Evidentemente as despesas de capital (investimentos em obras e aquisição de material permanente) também são realizados pela empresa.

3.5 Parecer

As informações que embasam este parecer apontam para recomendação de adesão à EBSEERH.

A contratação da EBSEERH permite equacionar a questão orçamentária e financeira do HUB. A situação atual, com os crescentes repasses para cobertura da folha de pagamento SICAP, e outras despesas de custeio, tem se mostrado insustentável para a FUB e poderá prejudicar, no médio prazo, a manutenção da integralidade dos serviços do hospital. Tal dificuldade impactaria, inclusive, as atividades de ensino, pesquisa e extensão por sua relação direta com a atividade assistencial.

A empresa, por seu porte nacional, poderá reduzir custos em seus processos de compra, além de estabelecer parâmetros mais favoráveis na contratualização de seus serviços com o SUS. Desta forma, a eficiência da alocação de recursos públicos também aumentará e poderá ter impacto na qualidade e diversidade dos serviços desenvolvidos no hospital.

A contratação oferece também a possibilidade de regularização da força de trabalho engajada pelo HUB na modalidade SICAP. Objeto de reiterados apontamentos dos órgãos de controle – já apreciados pelo Consuni por ocasião da discussão do modelo de empresa pública para o CESPE – este modelo de contratação não tem perspectiva de ser perenizado. A contratação da EBSEERH oferece a possibilidade de um mecanismo de transição – a contratação temporária – que



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

permitirá aos trabalhadores do SICAP um tempo de preparação para os concursos futuros da empresa e, do ponto de vista do HUB, o seu funcionamento sem problemas de continuidade.

Do ponto de vista da autonomia universitária, os textos legais nos oferecem elementos suficientes para sua preservação, assim como no que diz respeito à integralidade do atendimento pelo SUS. [...] (fls. 38/38-v PI). (grifos nossos).

Ao final, sugerindo, pois, que o Conselho Universitário aprovasse a adesão à EBSEERH, autorizando a UnB a iniciar os trâmites correspondentes de imediato, o emérito Professor conclui o parecer nos seguintes termos:

[...]

Alia-se a esta análise o impacto das recentes medidas governamentais que repassam, na prática, a definição das políticas de apoio aos hospitais universitários para a EBSEERH. Estas medidas tornam imperativa a negociação com a empresa para obtenção de recursos para a sustentação e expansão dos hospitais. Aqueles que não celebrarem contratos com a EBSEERH terão que pactuar vários pontos de sua atuação com a empresa, sem as contrapartidas asseguradas contratualmente. A recente portaria ministerial 442 de 25 de abril de 2012, que delegou a gestão do REHUF à EBSEERH, aponta neste sentido.

Assim, a adesão à EBSEERH reúne componentes de oportunidade e de inevitabilidade. Isto, no entanto, não deve nos levar a prescindir que o contrato com a EBSEERH nos ofereça as salvaguardas necessárias no que diz respeito à autonomia universitária, em especial nos pontos aqui levantados: indicação dos gestores do HUB e a contemplação de planos de pesquisa, ensino e extensão definidos pelas unidades acadêmicas que atuam ou venham atuar no HUB.

Neste sentido, consideradas as salvaguardas já mencionadas e que devem ser observadas na pactuação do contrato, meu parecer é favorável à contratação da EBSEERH nos termos da lei 12550 de 2011. Proponho, assim, que o Consuni autoriza desde já que a UnB inicie as tratativas necessárias para tal. (fl. 40) (grifos nossos).

A análise atenta do parecer referenciado evidencia que a sua elaboração considerou, quase que unicamente, a possibilidade de transferência do ônus da administração do HUB pela Universidade de Brasília à EBSEERH, levando em conta os gastos oriundos de sua manutenção pela Universidade, especialmente no que concerne ao quadro de pessoal. Isso porque o Consuni não apresenta os possíveis problemas que a contratualização poderia ocasionar à comunidade discente, à população atendida no hospital, e muito menos aos servidores, e de que forma esse arranjo refletiria nas práticas de ensino, pesquisa e extensão, considerando que a gestão do HU/UnB passaria a ser gerido por entidade de natureza privada.

Essas assertivas são corroboradas pela ata da 91ª Reunião do Consuni,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

destinada ao suposto debate acerca do futuro do Hospital Universitário de Brasília, de onde sobressai que a adesão à EBSEERH foi efetivada sem os devidos debates, apesar da grande massa dos representantes dos servidores, bem como de algumas unidades acadêmicas da Universidade terem se manifestado a favor de maior discussão sobre o tema. Ressalte-se trecho do documento em questão a título exemplificativo “verbis”:

[...] A conselheira Maria do Socorro Marzola demonstrou preocupação com a privatização do HUB e com a situação trabalhista dos servidores desse Hospital quando este firmar contrato com a Ebserh, uma vez que não está claro se os servidores permanecem no regime estatutário ou se devem optar por migrar para o regime celetista da Empresa. Ela considerou ainda que isso pode representar a extinção do serviço público. O Relator reiterou que seu parecer não discute o modelo nem a lei que trata da Ebserh, mas sim a posição da UnB em relação à Empresa. (fl.33-v). (grifos nossos).

Outros trechos demonstram a preocupação da comunidade acadêmica no que pertine à participação na elaboração do contrato de gestão, de forma que os anseios dos discentes, servidores e da população atendida fossem preservados, no entanto, não se sabe se esses interessados foram consultados quando da pactuação do respectivo instrumento.

Partindo dessas premissas, tem-se que a adesão da UnB à EBSEERH se deu, no mínimo, de maneira irresponsável, já que a mesma fora apresentada como a única solução existente para debelar a crise na atual gestão do HU/UnB, em detrimento do amplo debate que o tema merece em razão de questões pontuais que refletem diretamente nas esferas acadêmica, profissional e assistencial.

Note-se o que dispõe parte do “item 1” do parecer que serviu de base para a aprovação da adesão à EBSEERH “verbis”:

1. A finalidade, competências e estrutura organizacional da EBSEERH

A autorização de criação da EBSEERH resulta da aprovação da lei 12550, de 15 de dezembro de 2011.

Pode-se dizer que a EBSEERH é o modelo definido pelo governo federal para atender uma série de recomendações que, nos últimos anos, foram objeto de diferentes Acórdãos do TCU (1520/2006, 2731/2008 e 2813/2009).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

Nestes Acórdãos, os principais apontamentos dizem respeito à inadequação do modelo de gestão dos hospitais face à complexidade de suas atividades, às irregularidades no uso das fundações de apoio na contratação de pessoal permanente, à ausência de regulação adequada sobre as pesquisas financiadas pela iniciativa privada no âmbito dos hospitais e o crescente uso da terceirização, com seus impactos na gestão de pessoas e na gestão orçamentária dos hospitais.

Além das recomendações do controle externo, o governo justifica a criação da empresa como forma de estabelecer um modelo de governança adequado às finalidades dos hospitais universitários e, ao absorver toda a rede hospitalar universitária, como alternativa para obter ganhos de escala, notadamente nas atividades de compras (grifos nossos). (fl. 35-V).

Pelo conteúdo dos documentos citados, percebe-se, em verdade, que a Universidade de Brasília visou, por meio da adesão à EBSEH, se desincumbir de suas responsabilidades no que tange à deficiência do quadro de pessoal do HUB, que se apresenta como o principal problema enfrentado pela unidade hospitalar na atualidade, já que um número significativo de profissionais atualmente em atividade, conforme mencionado alhures, não é do quadro efetivo do hospital, sendo quase a totalidade dos profissionais contratados mediante contratação precária, ilegal e imoral de mão de obra, nesses inseridos os 624 (seiscentos e vinte e quatro) prestadores de serviços terceirizados, que representam cerca de 40% (quarenta por cento) do efetivo funcional do HU/UnB.

E é por essas e outras razões que a Universidade de Brasília, assim como diversos órgãos da administração pública estão na mira dos vários órgãos de controle, dentre os quais o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, entre outros, que incessantemente cobram a adoção das medidas pertinentes para debelar a crise pela qual a prestação dos serviços públicos essenciais tem atravessado, dada a utilização de mão de obra precária, ilegal e imoral, especialmente no que pertine à modalidade denominada terceirização, rechaçada pela Corte de Contas no Acórdão nº 1.520/2006-Plenário proferido no bojo do TC 020.784/2005-7.

IV.3.1 O PROBLEMA DA TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E O ACÓRDÃO 1.520/2006 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Polêmicas envolvendo a precarização dos serviços públicos ante a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

contratação irregular de trabalhadores na Administração Pública Federal, na qual se incluem as Universidades Públicas, não são novas e foram tratadas pelo Tribunal de Contas da União com a maestria que lhe é peculiar, por meio do Acórdão n.1520/2006-TCU/Plenário, proferido nos autos do TC 020.784/2005-7.

O processo referenciado, autuado como representação formulada pela Secretaria-Geral de Controle Externo daquela Corte de Contas, nos termos do art. 237, inciso VI, de seu Regimento Interno, teve por objeto a análise de proposta do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão com vistas a substituição gradual dos postos de trabalho terceirizados irregularmente no âmbito da administração pública federal por servidores concursados.

Insta salientar que a iniciativa do MPOG redundou de determinação exarada pelo TCU quando da lavratura do Acórdão 276/2002-Plenário, de 31/7/2002, que, ao analisar a prestação de contas da Universidade Federal de Santa Catarina relativa ao exercício de 1994, estabeleceu prazo para que a entidade, entre outras, afastasse de cargos públicos de provimento efetivo os funcionários de fundações de apoio que os estivessem ocupando, em atendimento ao princípio do concurso público, previsto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

Com efeito, apresentando a realidade do serviço público federal no que tange a composição do quadro de pessoal das unidades que o integram, referindo-se especificamente à grave problemática resultante da terceirização de mão de obra nos hospitais universitários, ante a natureza dos serviços prestados por essas instituições, reverbera o Tribunal de Contas da União “verbis”:

[...]

6.4 As justificativas oferecidas pelos gestores responsabilizados perante o TCU parece esclarecer a causa do problema. Os gestores são unânimes ao alegarem que a utilização de terceirizados é a única alternativa possível para não gerar problemas de continuidade na execução de serviços públicos, uma vez que o MP não autoriza a realização de concursos públicos para a contratação de servidores, ou então autoriza quantidade de vagas insuficiente ao atendimento da demanda.

6.5 Os gestores se vêem então em situação na qual a solução do problema reside em esfera alheia ao seu grau de decisão, o que pode levar ao impasse entre o cumprimento de eventuais determinações desta Corte de Contas, ou mesmo da Justiça, e a descontinuidade dos serviços prestados à sociedade.

6.6 Com efeito, parece-nos inequívoco que a imperiosa necessidade do serviço pode levar a situações dessa natureza. Convém relatar o caso da Universidade



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

Federal de Sergipe, por ser bastante exemplificativo. Este Tribunal determinou, por meio do Acórdão 518/01-1ª Câmara, que a Universidade sustasse, no prazo de 90 dias, contrato que era utilizado para a contratação de pessoal terceirizado. Ocorre que o gestor alegou que o cumprimento do decisum ocasionaria a interrupção de diversos serviços prestados pelo Hospital Universitário, ocasionando o colapso dos serviços de saúde em Aracaju e cidades vizinhas, com gravíssimas repercussões para a comunidade local, mormente a mais carente.

6.7 A decisão veio a ser reformulada por este Tribunal após recurso impetrado contra o Acórdão 518/01-1ª Câmara. Permitimo-nos transcrever parte do parecer do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Furtado, em parecer que acompanhou o Acórdão 1.897/2003-1ª Câmara, que reformou parcialmente o Acórdão questionado: 'não se nos afigura razoável que, aguardando indefinidamente uma solução legislativa e uma autorização governamental para se montar um adequado quadro de pessoal, acabassem os gestores da UFS por comprometer ou mesmo inviabilizar o funcionamento do Hospital Universitário. A importância, a imprescindibilidade, a urgência e a inadiabilidade dos serviços prestados por um hospital universitário público brasileiro, aliadas à crônica escassez de recursos e à lenta tramitação de reivindicações de melhorias, têm exigido dos gestores dessas instituições uma conduta versátil e audaz, vez que, não raro, deparam-se com situações prementes, que os levam a tomar decisões que, por vezes, acabam por esbarrar nos procedimentos normais adotados na administração pública. Para exemplificar essas situações de premência, merece ser citado o caso do serviço de hemodiálise do Hospital Universitário da UFS. Consta dos autos a informação de que esse serviço era, à época dos fatos ora sob exame, o único público e gratuito oferecido no Estado de Sergipe. Ante essa circunstância, ficar simplesmente no aguardo de novas nomeações para dar continuidade a esse serviço fundamental significaria, sem exagero, condenar à morte centenas de pacientes.'³⁶ (grifos nossos).

No item 9.1.4 do Acórdão n.º 1520/2006-TCU/Plenário³⁷ foram fixados parâmetros para solucionar a crise nos postos de trabalho dos órgãos da administração direta e entidades da administração indireta (autarquias e fundações mantidas com recursos dos orçamentos públicos), tendo o TCU deliberado no sentido de prorrogar, até 31 de dezembro de 2010, os prazos fixados por deliberações anteriores que determinaram a substituição de terceirizados por servidores concursados, sinalizando, inclusive, que as mesmas poderiam se dar de maneira gradual no interstício de 2006 a 2010, em atenção à continuidade dos serviços públicos. Ressalte-se, outrossim que esse prazo foi alvo de nova dilatação, sendo prorrogado, por força de determinação contida no acórdão 2681/2011-TCU/Plenário, até a data de 31/12/2012 (vide item 9.1³⁸).

Alcançada pelas determinações do Tribunal de Contas da União, a

³⁶ Vide Relatório Acórdão 1520/2006 – TCU/Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 23 fev. 2013.

³⁷ Item 9.1.4. do Acórdão 1520/2006-TCU/Plenário. prorrogar, até 31/12/2010, os prazos fixados por deliberações anteriores deste Tribunal que tenham determinado a órgãos e entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional a substituição de terceirizados por servidores concursados;

³⁸ Item 9.1. do Acórdão 2681/2011-TCU/Plenário. prorrogar até 31/12/2012 o prazo para que órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional apresentem ao Tribunal o resultado final do processo de substituição de terceirizados irregulares;



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

Universidade de Brasília celebrou, no ano de 2010, conciliação judicial com o Ministério Público do Trabalho visando substituir a força de trabalho terceirizada por servidores contratados mediante concurso público. Saliente-se que em 2010, o HU/UnB abrigava 614 (seiscentos e quatorze) prestadores de serviços em seus quadros, sendo constatado um leve aumento no ano de 2011, que no fechamento do exercício registrou serem 632 (seiscentos e trinta e dois)³⁹.

IV.3.2 DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL CELEBRADA ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Em data de 14 de outubro de 2008 o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e a Fundação Universidade de Brasília – FUB celebraram conciliação judicial nos autos da ação civil pública n.º 00927-2001-014-10-41-4 com o objetivo de que a FUB se comprometesse a se abster de admitir empregados sem a prévia realização de concurso público, nos termos do artigo 37 da Constituição da República, com a necessária regularização da situação dos atuais empregados, inclusive com a rescisão dos contratos dos trabalhadores em desacordo com a legislação⁴⁰.

Na conciliação judicial celebrada restou contemplado que a Fundação Universidade de Brasília abster-se-ia de admitir servidores sem prévia aprovação em concurso público, em respeito ao disposto no artigo 37, incisos I e II da Constituição Federal, salvo as exceções previstas nos termos do disposto nos incisos V e IX do mesmo artigo.

Outro dado do termo de conciliação refere que a Fundação Universidade de Brasília tinha prazo até 31/07/2010 para substituir os prestadores de serviço por servidores concursados. No entanto, não se tem notícia da realização de um único concurso visando a recompor o quadro de pessoal do Hospital Universitário de Brasília até a presente data.

³⁹ Contas Anuais UnB 2011. Disponível em: <http://www.unb.br/contasanuais/downloads/2011_relatorio.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2013.

⁴⁰ Vide fls. 92/94 PI – Cópias extraídas do ICP 1.16.000.001870/2009-27.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

O fato é que a falta de pessoal concursado no HUB tem agravado os problemas da Universidade de Brasília, considerando que o pagamento dos prestadores de serviços lotados no HU/UnB é custeado com recursos do Sistema Único de Saúde - SUS ou recursos da receita da própria Universidade repassados para o Hospital Universitário em caráter emergencial.

A inércia do Ministério da Educação e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão quanto à promoção de concurso público para a solução dos problemas enfrentados pelo Hospital Universitário de Brasília deu causa, em 2010, a uma dívida com os fornecedores do HUB no importe de R\$ 4.922.151,11 (quatro milhões, novecentos e vinte e dois mil, cento e cinquenta e um reais e onze centavos), situação que coloca em risco a sustentabilidade das ações de atenção à população pelo desabastecimento de insumos causado pela inadimplência junto aos fornecedores.

Diante do exposto, verifica-se que a problemática enfrentada pelo Hospital Universitário de Brasília é gerada pela ausência de concurso público no âmbito do HUB, que tem dado causa a grave crise organizacional no âmbito da Universidade de Brasília e do próprio Hospital Universitário de Brasília, situação essa geradora de incertezas no trato com a saúde pública de milhares de brasilienses.

O concurso público é mecanismo previsto pela Constituição da República para garantir ao Estado Democrático de Direito que o ingresso no serviço público pressuponha necessariamente um processo administrativo de seleção dos candidatos que possuam as exigências legais para à investidura no cargo, com a garantia da isonomia e da impessoalidade, conforme restará abordado a seguir.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

IV.3.3 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO: ARTIGO 37, II, DA CF/88⁴¹

Em regra, nos termos do que anuncia o artigo 37 inciso II da Constituição Federal, o ingresso no serviço público dar-se-á mediante a realização de concurso público, haja vista que entre nós, no Estado Democrático de Direito brasileiro, o ingresso no serviço público pressupõe necessariamente um processo administrativo de seleção dos candidatos que possuam as exigências legais para à investidura no cargo, garantindo-se, assim, pois, isonomia e impessoalidade, princípios norteadores da Administração Pública.

Conforme dispõe o artigo 37 caput da Constituição da República, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também aos seguintes, “*verbis*”:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

(...)

§ 2º A não-observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (grifos nossos).

Em seus claros ensinamentos Hely Lopes Meirelles esclarece que o concurso público consiste em, “*verbis*”:

⁴¹ **Artigo 37, da CFRB/88.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

[...] é o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso, afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos⁴² (grifos nossos).

A ideia central do concurso público exsurge da possibilidade de se garantir que serão integrados à Administração Pública cidadãos que venham a se submeter a provas ou provas e títulos, em respeito ao postulado da isonomia e da impessoalidade, razão que faz do concurso público um dos pilares mais importantes do Estado Democrático de Direito.

O princípio do concurso público implica, pois, na pretensão constitucional de apreciação positiva em processo seletivo, de acesso a todos, em que são avaliados todos os interessados a partir de critérios preestabelecidos, razão pela qual será garantido o acesso ao serviço público, evitando assim eventuais favorecimentos pessoais em detrimento da isonomia e da impessoalidade.

Segundo leciona o eminente Professor José dos Santos Carvalho Filho⁴³, o concurso público, como instrumento representante do sistema do mérito, é composto por três postulados, a saber: a) o princípio da igualdade; b) o princípio da moralidade administrativa e o princípio da competição.

O princípio da igualdade consubstancia-se pelo fato de se permitir que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem as vagas com iguais condições. O segundo postulado caracteriza-se como uma vedação a favorecimentos e perseguições pessoais. Por fim, o princípio da competição, transmissor da ideia de certame de alocar os candidatos conforme a respectiva classificação, autorizando o ingresso no serviço público, de tal maneira que o postulado do concurso público configura-se em nítida fidelidade

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed., Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: 2006.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

ao princípio da igualdade de tratamento entre os administrados.

Observa-se que o Hospital Universitário de Brasília ou qualquer órgão da Administração Pública, ao efetuar contratação de servidor público sem a realização de concurso público, além de afrontar o disposto no artigo 37 inciso II da Lex Fundamental, constitui ato imoral atentatório à probidade administrativa e aos direitos difusos, razão que autoriza a atuação do Ministério Público Federal em prol da defesa do interesse público.

O Hospital Universitário de Brasília (HUB) está a enfrentar grave crise organizacional, com repercussão na suspensão gradativa de seu funcionamento, situação que sinaliza para iminente calamidade no âmbito do HUB. A razão da crise tem uma razão de ser, e está atrelada ao fato de que no HUB as atividades fim e meio, conforme salientado alhures, atualmente são exercidas por servidores das carreiras de inúmeros órgãos (MEC, MS, SES/DF), além de prestadores de serviço contratados diretamente sem intermediação de Fundações de Apoio⁴⁴.

Por outro lado, a solução para a crise não está no repasse, pela Universidade de Brasília, da gestão do HUB para a EBSEERH, empresa pública de natureza privada, mas sim na adoção do mecanismo de admissão de funcionários segundo os preceitos do artigo 37, II, da Constituição Federal, e preconizado pelo Tribunal de Contas da União: a realização de concursos públicos para progressiva substituição da mão-de-obra precária e terceirizada por trabalhadores concursados.

O repasse da gestão dos Hospitais Universitários à EBSEERH, tal qual procedido pela Universidade de Brasília com o HUB, não resolverá o problema da terceirização irregular na Administração Pública, antes tende a agravá-lo, colocando em risco a prestação dos serviços de ensino ao corpo universitário dos cursos da área de saúde da UnB, bem como a prestação dos serviços de saúde à comunidade do Distrito federal e entorno.

Com efeito, a adesão da UnB à EBSEERH sinaliza completo desrespeito à Constituição Federal, à autoridade do Tribunal de Contas da União, bem como do Ministério Público do Trabalho, uma vez que a contratação da referida empresa permitirá a manutenção dos contratos irregulares hoje vigentes e a criação de novas terceirizações por meio de

⁴⁴ Vide fls. 97/100 PI (Nota Informativa n.º 590/DMI/SEGES-MP) – Cópias extraídas do ICP 1.16.000.001870/2009-27.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

contratação temporária em processo seletivo simplificado (art.11⁴⁵).

É de bom alvitre acrescentar que esse processo seletivo simplificado, segundo a lei 12.550/2011 (art. 12⁴⁶), dar-se-á em observância das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, que sinaliza o prazo máximo de 2 (dois) anos para a sua duração (artigo 445). Ocorre que o art. 445 da CLT⁴⁷ faz remissão ao art. 451 do mesmo diploma legal, o qual reverbera que “o contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo”, medida essa que ao invés de resolver o problema da precarização da mão de obra nos Hospitais Universitários, tenderá a ratificá-la senão perpetuá-la. A medida apresenta-se, a toda evidência, em atalho à regra estampada no art. 37 da Constituição Federal, que impõe a realização de concurso público para o provimento de vagas na Administração Pública Federal.

Outrossim, a contratação da EBSEERH destina-se ao cumprimento, de modo indevido, da medida liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI n.º 2.135 no ano de 2007, oportunidade em que foi restabelecido o regime jurídico único previsto no artigo 39, caput, da Carta Política para a contratação de pessoal nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional⁴⁸, fato este que também demonstra o descompasso da Universidade de Brasília na contratação da referida empresa para gerir o Hospital Universitário de Brasília HU/UnB, já que conforme sinaliza o artigo 10º da

⁴⁵ Artigo 11 da Lei 12.550/2011. Fica a EBSEERH, para fins de sua implantação, autorizada a contratar, mediante processo seletivo simplificado, pessoal técnico e administrativo por tempo determinado.

⁴⁶ Artigo 12 da Lei 12.550/2011. A EBSEERH poderá celebrar contratos temporários de emprego com base nas alíneas a e b do § 2º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, mediante processo seletivo simplificado, observado o prazo máximo de duração estabelecido no seu art. 445.

⁴⁷ Art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

⁴⁸ EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. [...]

6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727757/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2135-df-stf>> Acesso em: 21 fev. 2013.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

Lei 12.550/2011, o regime de pessoal permanente da EBSEERH será o da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT⁴⁹.

Nessa perspectiva, tem-se, pois, fraude à lei, que no sentido técnico da expressão, conforme define o saudoso Pontes de Miranda, ocorre “*verbis*”:

[...] sempre que se pratica ato que seria admitido por alguma regra que está no sistema jurídico, mas que pré-exclui resultado, positivo ou negativo, que outra regra jurídica, sob sanção à infração, determinava. [...] é violação indireta da lei, por emprego de meio que poderia evitar a aplicação de lei⁵⁰. (grifos nossos).

Com efeito, a suposta solução adotada pela Universidade de Brasília – contratação de empresa pública dotada de natureza jurídica de direito privado para funcionar como pessoa jurídica interposta para realizar, irregularmente, a contratação de trabalhadores para atuar no Hospital Universitário de Brasília e, portanto, no seu próprio campo de atuação – sinaliza flagrante fraude à Constituição Federal que deve ser reprimida.

A contratação de empresa de natureza privada para gerir o Hospital Universitário de Brasília caracteriza insubordinação da Universidade aos preceitos constitucionais, meio ardiloso de tornar a forma de contratação precária, imoral e ilegal presente em seus quadros em algo disfarçadamente legal, já que por meio da EBSEERH pode continuar a contratar de forma precária os trabalhadores terceirizados do HU/UnB, e até mesmo ampliar o funcional, escapando assim à proibição.

Com efeito, ao firmar o termo de adesão e respectivo contrato de gestão com a EBSEERH a Universidade ignorou o termo de conciliação judicial firmado com o Ministério Público do Trabalho, decisões judiciais e até mesmo comandos emanados dos órgãos máximos de controle da atuação administrativa como o Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal no sentido da substituição da força de trabalho terceirizada por servidores concursados, comportamento que deve ser reputado inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

⁴⁹ Artigo 10 da Lei 12.550/2011. O regime de pessoal permanente da EBSEERH será o da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e legislação complementar, condicionada a contratação à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, observadas as normas específicas editadas pelo Conselho de Administração.

⁵⁰ MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTE, Francisco. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, Campinas: Bookseller, 2000. p. 96 e 98.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

A Universidade de Brasília, assim como as demais entidades da administração indireta, está sujeita aos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, sendo o concurso público, mediante oferta de vagas para contratação de servidores via regime jurídico único a única forma legal disponível para o provimento de vagas disponíveis nos seus quadros funcionais.

Destarte, as violações dos artigos 37, II e 39, caput, da Constituição Federal, tal como demonstrado acima, são vícios que contaminam e fulminam de modo integral o termo de adesão, bem como o contrato n.º 004/2013, firmado entre a Universidade de Brasília e a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, com fito no repasse da gestão do Hospital universitário de Brasília a referida empresa.

V. DOS PEDIDOS

V.1 DO NECESSÁRIO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PRETENDIDA

A Lei Federal n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, conferiu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, no sentido de possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, “*verbis*”:

*Artigo 273, do CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, **antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:***
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (grifos nossos).

No caso ora posto, todos os requisitos exigidos pela lei processual para o deferimento da tutela antecipada encontram-se reunidos.

Quanto à *verossimilhança das alegações*, não há o que se questionar sobre a efetiva realidade dos fatos, pois que são incontroversos, como demonstram os



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

documentos juntados à inicial, haja vista que a assinatura do termo de adesão, bem como do contrato de gestão pela Universidade de Brasília com a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares é atual, inclusive com ampla divulgação na mídia e, como dito, amplamente comprovada pelos documentos que instruem os autos das peças informativas em comento.

O *fumus boni juris* encontra-se igualmente presente. Tem-se por evidente a existência dos direitos sociais à saúde e à educação no presente caso, haja vista o Hospital Universitário de Brasília ser um hospital-escola, cujas finalidades são a formação de médicos e o atendimento da população local.

Por outra parte o *fumus boni juris está* assentado no fato de que a Universidade de Brasília - ao contratar empresa pública de natureza privada para gerir o Hospital Universitário de Brasília, se furta ao cumprimento de obrigações a ela instituídas pela Constituição da República, bem como em resposta aos diversos compromissos celebrados em resposta às determinações emanadas dos vários órgãos de controle (Tribunal de Contas da União, Supremo Tribunal Federal, Ministério Público do Trabalho e, inclusive, por este *Parquet* Federal), no que concerne à adoção de medidas legais, incluindo-se a promoção de concurso público, no intuito de substituir a mão de obra precária, imoral e ilegal presente em seus quadros, formada na sua quase totalidade por servidores terceirizados –, está gravemente a lesar os direitos dos cidadãos brasileiros em amplo sentido, bem como dos universitários que integram os cursos ministrados na área de saúde da Universidade, negando-lhes acesso aos serviços públicos de saúde, bem como ao direito de educação com qualidade e organização, bem como com a necessária continuidade, haja vista tratar-se de serviços de cunho eminentemente essencial. Ademais, o fato da Lei 12.550/2011 ser objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.895, proposta pelo Procurador Geral da República, também evidencia o atendimento ao requisito em tela.

O *fundado receio de dano irreparável* repousa no fundamento de que o repasse da gestão do Hospital Universitário de Brasília poderá culminar em: a) privatização dos serviços públicos prestados na área de saúde e educação, constitucionalmente definidos como universais e gratuitos; b) violação à autonomia universitária e indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, princípios estruturantes do modelo atual de universidade; c) risco às pesquisas desenvolvidas pela Universidade de Brasília em matéria de saúde e educação



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

eminentemente voltadas para os interesses sociais e que podem ser preteridas ante a expectativa mínima de lucro; d) perpetuação das modalidades de contratações precárias, ilegais e imorais de serviços das atividades de saúde; e) violação ao princípio constitucional do concurso público; f) mácula à regra eleita pelo legislador constituinte no que pertine a adoção do regime jurídico único para a contratação dos servidores da administração direta, autárquica e fundacional pública, entre outros.

O *fundado receio de dano irreparável* também está atrelado, por via reflexa, ao fato de que a gestão do HU/UnB pela EBSEH poderá ensejar a) em risco a vida de centenas de pessoas que dependem diariamente do atendimento do HU/UnB - que lhes propicia o acesso aos serviços de saúde, notadamente os de média e alta complexidade - incluídas gestantes, crianças, idosos, pacientes mais sensíveis no contexto hospitalar, sem contar que a grande maioria são pessoas carentes e que necessitam da pronta prestação da saúde por parte do Estado para sobreviver ; e b) em risco à qualidade do ensino ministrado nos cursos da área de saúde da Universidade de Brasília.

Diante do exposto, e considerando que o repasse da gestão do Hospital Universitário de Brasília à EBSEH evidencia flagrante violação a diversos preceitos constitucionais atinentes aos direitos sociais inerentes à saúde e à educação, bem como insubordinação da Universidade de Brasília a determinações emanadas dos diversos órgão de controle; que a crise enfrentada atualmente pelo Hospital Universitário de Brasília decorre especificamente da visível carência de servidores públicos efetivos da área de saúde, haja vista que a constante **contratação precária, ilegal e imoral** de serviços das atividades de saúde tem gerado constantes paralisações do serviço público essencial à população do Distrito Federal, sendo considerada a principal razão pela qual a Universidade de Brasília aderiu à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL digno-se Vossa Excelência **deferir a antecipação dos efeitos da tutela** determinando:

a) a imediata anulação do ato administrativo – emanado da Reitoria da Universidade de Brasília e incorporado no inteiro teor do Termo de Adesão datado de 16 de agosto de 2012 – por meio do qual “aderiu” à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, bem como a imediata anulação do Contrato n.º 004/2013, firmado em 17 de janeiro de 2013, com extrato publicado no Diário Oficial da União n.º 15, Seção 3, página 22, de 22 de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL

janeiro de 2013, tendo por objeto a “administração” pela EBSEH, do Hospital Universitário da de Brasília – HUB, bem como dos ajustes deles decorrentes, sobretudo no tocante aos atos de dispensa e contratação de pessoal.

V.2 DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Diante de todo o exposto, o **Ministério Público Federal** requer:

- 1) a juntada de cópia integral dos autos das peças informativas nº 1.16.000.002788/2012-15, como parte integrante desta inicial;
- 2) a citação da FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, pessoa jurídica instituída pela Lei Federal n.º 3.998, de 15 de dezembro de 1961, a ser citada na pessoa do Magnífico Reitor Reitor Ivan Marques de Toledo Camargo, no Campus Universitário Darcy Ribeiro, 3º andar, CEP: 70.910-900, Brasília-DF, telefones (61) 3307-2600 e 3307-1750;
- 3) o julgamento de total procedência do pedido, com tutela jurisdicional confirmatória da tutela antecipada, e a consequente decretação de nulidade definitiva dos atos administrativos – emanados da Reitoria da Universidade de Brasília – por meio dos quais “aderiu” à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, objetivando o repasse da administração/gestão do Hospital Universitário de Brasília – HUB a referida empresa.

Requer provar o alegado por todos os meios de provas admitidas em



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO DISTRITO FEDERAL**

direito.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Brasília, 14 de março de 2013

PETERSON DE PAULA PEREIRA
Procurador da República no Distrito Federal