

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. O objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade é a validade dos arts. 1º a 17 da Lei n. 12.550/2011.

No diploma se autorizou a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH. Fixaram-se, então, as diretrizes da empresa pública, de capital da União, para a prestação de serviços públicos gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e terapêutico à comunidade. A estatal oferece apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, para formação de profissionais no campo da saúde pública mediante contrato com instituições públicas federais de ensino.

Sustenta-se a inconstitucionalidade formal daquelas normas, argumentando-se que não teria sido editada lei complementar prevista no inc. XIX do art. 37 da Constituição da República a definir, na visão do autor, as áreas de atuação das estatais.

Quanto à inconstitucionalidade material, volta-se especificamente contra os arts. 10, 11 e 12 da Lei n. 12.550/2011, pelos quais estabelecido que o regime de pessoal da empresa pública será o da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as empresas estatais são *“todas as sociedades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza”* (*Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, p. 381).

Integrantes da Administração Pública indireta, as empresas estatais são dotadas de natureza jurídica de direito privado, possibilitando-se ao Estado o exercício de atividades econômicas com maior versatilidade e celeridade, não se sujeitando às inúmeras injunções administrativas constitucionais e legais impostas aos órgãos e entidades públicas.

Submetem-se aquelas entidades, entretanto, a princípios constitucionalmente estabelecidos para a Administração Pública direta ou indireta, e a regras de direito público, pelo que, além de submeter-se às normas de direito privado, sujeitam-se, igualmente, a normas de direito público que lhes são expressamente impostas, derogando-se, nos casos da subsunção das situações ao público, aquelas primeiras. É o que se tem, por exemplo, quanto aos princípios norteadores da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição da República.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que a natureza jurídica de direito privado, que caracterizam as empresas públicas e as sociedades de economia mista, marca-as por serem elas instrumento de ação do Estado:

“ É preciso aturado precatório para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente a personalidade de Direito Privado (como costuma ocorrer no Brasil) das estatais e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhe uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhe a criação. Deveras a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de Direito Público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do estado de Direito (...) O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo inculcado em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a inteligência destas pessoas. Consequentemente, aí está o critério retórico para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o accidental - suas personalidades de Direito Privado - em essencial, e o essencial - seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado - em accidental” (Curso de Direito Administrativo . São Paulo: Malheiros. 7. ed., p. 101).

3. A criação de empresas públicas e sociedades de economia mista depende de lei específica autorizativa, pelo disposto no inc. XIX do art. 37, alterado pela Emenda Constitucional n. 19/1998:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

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”.

Diferente das autarquias e das fundações autárquicas, as quais seguem o regime jurídico de direito público e são criadas diretamente pela lei, as empresas estatais nascem com o registro público de seus estatutos, limitando-se a lei a autorizar a sua instituição pelo ente do Poder Público, conferindo-se as diretrizes gerais de sua estrutura e de sua finalidade.

A lei específica autorizadora da criação das estatais é a ordinária, restringindo-se a exigência de lei complementar aos casos expressamente elencados na Constituição da República.

No inc. XIX do art. 37 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional n. 19/1998, ao ser determinada a edição de lei complementar para a regulamentação das áreas de atuação, o poder constituinte derivado fez alusão tão somente às fundações. A interpretação gramatical deixa certo que a expressão *“neste último caso”*, no singular, refere-se ao antecedente *“fundação”*.

A interpretação sistemática da Constituição também permite concluir não ser necessária a edição de lei complementar para a definição da atuação de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

No art. 173 da Constituição, também modificado pela Emenda n. 19 /1997, em que se tem o paradigma normativo das estatais, determinou-se a edição de lei – *ordinária* – para a definição do seu estatuto jurídico, o que foi implementado pela Lei n. 13.303/2016.

Neste sentido leciona, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho:

“A nova redação do dispositivo (art. 37, XIX), no entanto, deixou dúvidas quanto à sua parte final, ausente no texto anterior. Estabeleceu a norma que caberá à lei complementar definir as áreas de atuação neste último caso, sem esclarecer se esta expressão se refere à instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e

fundação, ou se está aludindo apenas à categoria das fundações. Ao que parece, o mandamento refere-se apenas às fundações, e isso porque o art. 173, § 1º, da CF, também alterado pela referida Emenda, já indica que empresas públicas e sociedades de economia mista terão como objeto explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Ora, sendo assim, não seria coerente admitir lei complementar para delinear áreas de atuação dessas entidades” (Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 17 ed., p. 401).

5. Na Lei n. 13.303/2016 se instituiu o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e subsidiárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enfatizando-se a natureza jurídica de direito privado dessas estatais:

“Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação”.

§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976”.

O legislador deixou expresso que, na elaboração dos estatutos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, deve-se atentar para a fixação de regras de governança, transparência, gestão de riscos e

controle interno (art. 6º da Lei n. 13.303/2016), estabelecendo-se nos seus atos constitutivos os critérios para a boa administração (arts. 8º a 10 referido diploma). O princípio da função social da empresa está previsto no art. 27 da Lei n. 13.303/2016.

Na Lei n. 13.303/2016 estão dispostos instrumentos de controle interno e externo e de fiscalização das empresas públicas e das sociedades de economia mista, nos termos do inc. I do § 1º do art. 173 da Constituição da República, determinando-se naquele diploma, por exemplo, os deveres de transparência, publicidade, economicidade, legitimidade e eficácia nas suas atividades (arts. 85 a 88).

Deve ser acentuado que as empresas públicas e as sociedades de economia subordinam-se à fiscalização de órgãos de controle interno e externo e seus agentes se sujeitam à lei de improbidade administrativa. Este Supremo Tribunal firmou entendimento de que *“as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista”* (Mandado de Segurança n. 25.092-5, Relator o Ministro Carlos Veloso, DJ de 17.3.2006).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segue-se a distinção entre as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica. Como acentuado pelo Ministro Dias Toffoli em voto condutor no Recurso Extraordinário n. 627.051/PE (DJe de 11.2.2015) *“as empresas públicas e as sociedades de economia mista, conforme o art. 4º, II, do Decreto-lei 200/67, fazem parte da Administração Pública Indireta e por diversas vezes figuram como instrumentalidades administrativas das pessoas políticas, ocupando-se dos serviços públicos incumbidos aos entes federativos aos quais estão vinculados, [...] as estatais exclusivamente exploradoras de atividade econômica serviriam tão somente para instrumentalizar a intervenção estatal na seara das atividades econômicas em sentido estrito”*.

O Ministro Joaquim Barbosa salientou, em voto proferido no Recurso Extraordinário n. 599.628 (DJe de 17.10.2011), que *“o exercício de atividade com intuito lucrativo, sem monopólio estatal, deve submeter-se aos instrumentos de garantia do equilíbrio concorrencial, nos termos do art. 173, § 1º, II e § 2º da Constituição. Em especial, a empresa pública e a*

sociedade de economia mista devem despir-se das prerrogativas próprias do Estado nas hipóteses em que incursionarem na seara de exploração econômica”.

6. A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH é prestadora de serviço público, tendo por finalidade, como previsto no art. 3º da Lei n. 12.550/2011, *“a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária”.*

No art. 4º da Lei n. 12.550/2011 se definem as atribuições da estatal:

“Art. 4º Compete à EBSEH:

I - administrar unidades hospitalares, bem como prestar serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, no âmbito do SUS;

II - prestar às instituições federais de ensino superior e a outras instituições congêneres serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, mediante as condições que forem fixadas em seu estatuto social;

III - apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa de instituições federais de ensino superior e de outras instituições congêneres, cuja vinculação com o campo da saúde pública ou com outros aspectos da sua atividade torne necessária essa cooperação, em especial na implementação das residências médica, multiprofissional e em área profissional da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS;

IV - prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas nos hospitais universitários federais e a outras instituições congêneres;

V - prestar serviços de apoio ao processo de gestão dos hospitais universitários e federais e a outras instituições congêneres, com implementação de sistema de gestão único com geração de indicadores quantitativos e qualitativos para o estabelecimento de metas; e

VI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades, nos termos do seu estatuto social”.

Nas informações prestadas pela Presidência da República, conferiu-se destaque ao contexto que ensejou a opção pela criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares:

“6. Os hospitais universitários federais enfrentam variadas dificuldades há mais de 20 anos, notadamente no que se refere ao seu quadro de pessoal e de estrutura física, tecnológica e de material.

7. A situação das instituições foi objeto de variadas medidas judiciais, além de auditorias e análises pelo Tribunal de Contas da União.

8. Tanto a Corte de Contas quanto as Procuradorias e Sindicatos apontavam para a precarização das relações de trabalho então existentes nos hospitais, bem como para as inadequadas instalações físicas e de apoio das instituições, evidenciando necessidade de adequações e adoção de medidas corretivas para a adequada prestação do serviço público essencial de saúde no âmbito dos hospitais universitários.

9. Após decisões judiciais e acórdãos do TCU, notadamente os de número 1520/2006 e 2813/2009, foi editado o Decreto nº 7.082, de 27 de janeiro de 2010, pelo qual se instituiu o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais - REHUF. Programa que se destinou ‘à reestruturação e revitalização dos hospitais das Universidades Federais, integrados ao Sistema Único de Saúde (SUS)’ (art. 1º) e teve por objetivo ‘criar condições materiais e institucionais para que os hospitais universitários federais [pudessem] desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde.’ (art. 22)

10. Dessa forma, com o REHUF, um primeiro passo foi dado para a revitalização dos hospitais, notadamente quanto aos aspectos físico e tecnológico.

11. O programa tem previsão de dotação orçamentária específica para arcar com despesas correntes e de capital. Valores que, a partir de 2012, passaram a ser partilhados pelo Ministério da Educação e pelo Ministério da Saúde.

12. O REHUF, por si só, porém, não teve e não tem o condão de resolver todas as pendências verificadas nos hospitais universitários federais, principalmente quanto aos aspectos ligados aos recursos humanos. Isto devido às notórias deficiências de quadro de profissionais, seja por ausência de reposição tempestiva de vagas abertas, seja por falta de atratividade das vagas abertas para os profissionais de saúde. Daí vislumbrar-se a necessidade de outras medidas de correção.

13. Aliadas à já verificada deficiência de recursos humanos, determinações e apontamentos judiciais e de controladores e fiscalizadores evidenciavam inadequação nas relações de trabalho presentes nos hospitais, notadamente pelo fato de existirem contratações de colaboradores por meio das Fundações de Apoio, já que para os cargos efetivos não havia atratividade e permanência de profissionais.

14. O ponto fulcral da necessidade de adoção de providências para adequação do regime de recursos humanos nos hospitais foi a determinação do Tribunal de Contas da União para rescisão de todos os contratos tidos por irregulares, e que remontavam à expressiva quantia de cerca de 26.000 (vinte e seis mil) colaboradores, cujo limite original fora posto o dia 31 de dezembro de 2011, prazo este impreterivelmente prorrogado para 31 de dezembro de 2012.

15. Assim, viu-se a Administração Pública compelida a buscar a urgente solução para tais situações, pelo que foi editada a Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010, instituindo a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Medida Provisória, porém, que perdeu vigência pela ausência de aprovação tempestiva no Congresso Nacional.

16. Com a caducidade da MP, outra proposta legislativa foi enviada ao Congresso Nacional, tendo aquela Casa aprovado, regularmente, a Lei que viria a ser sancionada pela Presidência da República e, enfim, tomar o número 12.550, de 15 de dezembro de 2011.

17. A Lei 12.550/11, apesar de nitidamente ter o fim de instituir a EBSEH, também contém dispositivos que inserem normas no Código Penal Brasileiro, a partir do artigo 18.

18. A proposição de inconstitucionalidade veiculada pelo PGR refere-se à empresa, tão-somente, e ainda, em última análise, ao regime jurídico de contratação de colaboradores da empresa (empregados públicos e não servidores públicos, como quer o Procurador Geral).

19. Destaque-se que o intuito de instituição da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares foi e é o de se regularizar as situações precárias apontadas pelos órgãos de fiscalização, de forma que as Universidades Federais podem, caso queiram, aderir à EBSEH, contratando-a para administrar os respectivos Hospitais Universitários.

20. E cumpre destacar que a EBSEH já está em funcionamento, já tendo recebido a manifestação de adesão de 18 Universidades Federais que contêm 29 hospitais universitários; os hospitais universitários do Piauí, do Maranhão, do Triângulo Mineiro e de Brasília já estão sob a efetiva administração da empresa, que já deflagrou certame para preenchimento de mais de 1.000 empregos

públicos, inicialmente, no Piauí, sendo que para os outros hospitais os editais em breve serão lançados.

21. A atuação da empresa não se resume, porém, à administração dos hospitais cujas Universidades já contrataram, mas também à administração de compras de produtos e equipamentos para todos os hospitais universitários, de forma que a situação anterior, de altíssimos percentuais de contratações emergenciais (alguns hospitais chegaram a ultrapassar a marca de 90% das aquisições mediante contratações emergenciais, sem licitação, portanto) fora suplantada pela atual situação de compras e contratações centralizadas, mediante regular processo licitatório, e com considerável ganho de escala, restando verificada, portanto, grandiosa economia aos cofres públicos”.

7. Embora a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, entidade de direito privado integrante da Administração Pública indireta, submeta-se a preceitos de direito público constitucionalmente previstos, como, por exemplo, a exigência de concurso público para o preenchimento de seus quadros (inc. II do art. 37 da Constituição), estabeleceu-se o regime de seu pessoal sendo aquele previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

É que o regime estatutário destina-se a servidores dos órgãos da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas, não se alcançando os empregados públicos das estatais, pelo disposto no art. 39 da Constituição da República:

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

Em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.515, Relator o Ministro Sydney Sanches (DJ de 11.4.2003), este Supremo Tribunal proclamou que *“a Constituição Federal, em seu art. 173, § 1º, inc. II, impõe às empresas públicas e sociedades de economia mista a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no concernente ‘aos direitos e obrigações, civis, comerciais, trabalhistas e tributários’”.*

No julgamento do Mandado de Segurança n. 26.117 (Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 6.11.2009), realçou-se que *“as empresas públicas e as sociedades de economia mista, entidades integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante a aplicação do regime jurídico celetista aos seus funcionários”*.

Como anotado nas informações prestadas pela Presidência da República, *“não é porque o serviço prestado pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares é público que o regime jurídico da empresa também será, ou que seus servidores se regerão estatutariamente. Como advertiu a Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, no RE 599628, ‘não podemos confundir a natureza da entidade com a natureza do serviço prestado’. O serviço prestado é público, mas a natureza da pessoa jurídica é de direito privado. Por conseguinte, de direito privado também é a relação entre a empresa e seus empregados, que são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)”*.

8. Imperioso ressaltar que as atribuições da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH não contrariam o princípio da autonomia universitária. Diferente disso, a adesão pelas instituições federais de ensino a seus serviços é voluntária, firmando-se por contratação com a estatal, como estabelecido no art. 6º da Lei n. 12.550/2011:

“Art. 6º A EBSEH, respeitado o princípio da autonomia universitária, poderá prestar os serviços relacionados às suas competências mediante contrato com as instituições federais de ensino ou instituições congêneres”.

Pelo diploma legal, o objetivo da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH é o de cooperar com as instituições de ensino na área de saúde que manifestem interesse na contratação. Inconstitucional seria impor-se àquelas entidades ou submetê-las a seu interesse e definição.

A cooperação prevista também se verifica na previsão da Lei n. 12.550/2011 de cessão de servidores efetivos da instituição federal de ensino para a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, observados os princípios constitucionais:

“Art. 7º No âmbito dos contratos previstos no art. 6º, os servidores titulares de cargo efetivo em exercício na instituição federal de ensino ou instituição congênere que exerçam atividades relacionadas ao objeto da EBSEH poderão ser a ela cedidos para a realização de atividades de assistência à saúde e administrativas.

§ 1º Ficam assegurados aos servidores referidos no caput os direitos e as vantagens a que fazem jus no órgão ou entidade de origem.

§ 2º A cessão de que trata o caput ocorrerá com ônus para o cessionário”.

Não se demonstra, assim, pela autorização da criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares desobediência a princípio ou norma constitucional.

9. Pelo exposto, voto pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/11/2020 00:00