

A EFETIVA ATUAÇÃO DA EBSERH EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NO BRASIL

THE EFFECTIVE PERFORMANCE OF EBSERH IN PUBLIC HEALTH ACTIONS AND SERVICES IN BRAZIL

Pollyana da Silva Alcântara¹
Bruna Letícia Teixeira Ibiapina Chaves²
Larissa Lobo Ramos³

Resumo

A obrigação imposta constitucionalmente aos entes políticos de destinarem um percentual mínimo de suas receitas para o financiamento do Sistema Único de Saúde compõe o chamado piso constitucional da saúde. Discute-se, entretanto, se as ações e os serviços executados pelos Hospitais Universitários Federais, administrados pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, quando de responsabilidade específica do setor de saúde, devem se enquadrar no conceito de ações e serviços públicos de saúde (ASPS) e, por consequência, no piso constitucional da saúde. A discussão ganha relevância especialmente

¹ Mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. Pós-graduanda em Licitações e Contratações Públicas pela Faculdade CERS. MBA em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública (2024). Especialista em LGPD, Privacidade e Proteção de Dados pela Universidade Cândido Mendes (2023), em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen (2021), em Direito Público pela PUC Minas (2019) e em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho (2013). Graduada em Direito pela PUC Minas (2009). Advogada e Chefe do Serviço Jurídico de Consultivo Administrativo da Consultoria Jurídica da Ebserh.

² Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileira de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) (2018). MBA em Gestão Hospitalar pelo Centro Universitário Internacional (Uninter) (2018). MBA em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) (2022). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT) (2012). Graduada em Direito pelo Instituto Camillo Filho (ICF) (2010). Advogada e Chefe do Serviço Jurídico de Contencioso Geral da Consultoria Jurídica da Ebserh.

³ LLM em Direito Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC (2021). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (2013). Certificada em Fundamentos de Parcerias Público-Privadas (PPP) pela APMG Internacional (2022). Advogada, Membro da Comissão de Desenvolvimento e Infraestrutura da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Bahia, e Assessora da Coordenadoria da Consultoria Jurídica da Ebserh.

porque o Tribunal de Contas da União se posicionou, em 2017, no sentido de que ações e serviços prestados pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares não podem se enquadrar no conceito de ações e serviços públicos de saúde, tão somente em razão da vinculação da referida empresa pública ao Ministério da Educação (e não ao Ministério da Saúde). O enfrentamento desse tema possui indiscutível relevância em matéria de políticas públicas, uma vez que impacta substancialmente o financiamento público dos Hospitais Universitários Federais e o planejamento e a execução do orçamento no âmbito do SUS.

Palavras-chave: Ebserh. SUS. Financiamento.

Abstract

The constitutionally imposed obligation on political entities to allocate a minimum percentage of their revenues to fund the Unified Health System constitutes the so-called constitutional health floor. However, there is a debate regarding whether actions and services carried out by Federal University Hospitals, managed by the Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, when specifically under the responsibility of the health sector, should be considered part of the concept of public health actions and services (ASPS) and, consequently, part of the constitutional health floor. The discussion is particularly relevant because the Tribunal de Contas da União has already stated, in 2017, that actions and services provided by the Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares cannot be considered as part of the concept of public health actions and services solely due to the company's connection to the Ministry of Education (and not to the Ministry of Health). Addressing this issue is of undeniable importance in public policy matters, as it substantially impacts the public financing of Federal University Hospitals and the planning and execution of the budget within the SUS.

Keywords: Ebserh. SUS. Financing.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88) estabeleceu em seus artigos 6º, 196 e 197 que 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.

Em razão disso e da relevância pública das ações e serviços de saúde, a CR/88 também previu em seu artigo 198 o Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto rede regionalizada e hierarquizada, organizada de acordo com as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade.

Em se tratando do financiamento do SUS, o artigo 198 da CR/88 impôs à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a obrigação de aplicarem anualmente recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde (ASPS).

Do mesmo modo, ao tratar de projetos de lei relativos ao orçamento anual, a CR/88 determinou em seu artigo 166, alterado por diversas Emendas Constitucionais, a aplicação de recursos mínimos de emendas individuais em ASPS. Veja-se:

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

[...].

§ 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 2% (dois por cento) da receita corrente líquida do exercício anterior ao do encaminhamento do projeto, observado que a metade desse percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 126, de 2022)

§ 9º-A Do limite a que se refere o § 9º deste artigo, 1,55% (um inteiro e cinquenta e cinco centésimos por cento) caberá às emendas de Deputados e 0,45% (quarenta e cinco centésimos por cento) às de Senadores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 126, de 2022)

§ 10. A execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde previsto no § 9º, inclusive custeio, será computada para fins do

cumprimento do inciso I do § 2º do art. 198, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015).

Fato é que está em vigor atualmente a Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012, que, dentre outras providências, regulamenta o § 3º do artigo 198 da CR/88, para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ASPs.

Entretanto, a aplicação prática da Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012, tem gerado controvérsias especialmente acerca do que está compreendido no conceito de ASPs.

Por meio do Acórdão n.º 31/2017, o Tribunal de Contas da União (TCU) se posicionou no sentido de que não devem ser computadas para fins de cumprimento do piso constitucional da saúde, por não cumprirem os critérios estabelecidos na Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012, as despesas com o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (Rehuf).

O Rehuf, instituído por meio do Decreto n.º 7.082, de 27 de janeiro de 2010, é destinado à reestruturação e à revitalização dos Hospitais Universitários Federais (HUFs) integrados ao SUS, e tem como objetivo criar condições materiais e institucionais para que possam desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde.

Com o objetivo de ampliar e qualificar a oferta de serviços de atenção de média e alta complexidade no âmbito do SUS, recentemente foi instituído por meio do Decreto n.º 11.674, de 30 de agosto de 2023, o Programa Nacional de Qualificação e Ampliação dos Serviços Prestados por Hospitais Universitários Federais Integrantes do Sistema Único de Saúde (PRHOSUS), que prevê, dentre outras medidas, o aprimoramento dos processos de gestão dos serviços médico-hospitalares prestados pelos HUFs, para que possam desempenhar as suas ações assistenciais com qualidade e efetividade.

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), gestora do Rehuf e responsável por apresentar ao Ministério da Saúde, no âmbito do PRHOSUS, propostas de contratos de objetivos dos HUFs que administra, é uma empresa pública federal cuja criação foi

autorizada pela Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio, capital social integralmente sob a propriedade da União e vinculada ao Ministério da Educação.

Embora vinculada ao Ministério da Educação, as atividades da Ebserh envolvem não apenas a política pública de educação, mas também a de saúde.

Isso porque, de acordo com o artigo 3º da Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, a Ebserh tem as seguintes finalidades:

Art. 3º A EBSEH terá por finalidade 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.
[...].

Por meio da atuação de uma rede que inclui o órgão central da empresa e quarenta e um HUFs distribuídos por quase todo o país, a Ebserh desempenha relevante papel no âmbito do SUS, uma vez que representa a maior rede de hospitais públicos do Brasil, que exercem a função de centros de referência em assistência à saúde, ensino, pesquisa e inovação.

Não há, no âmbito do sistema público de saúde brasileiro órgão, entidade ou instituição com a dimensão e o alcance da Ebserh.

Ocorre que o posicionamento firmado pelo TCU no Acórdão n.º 31/2017, que prevalece até os dias atuais, é no sentido de que os gastos com os HUFs devem integrar exclusivamente o mínimo de manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o artigo 212 da CR/88 (e não o piso constitucional da saúde).

Entretanto, o enfrentamento desse tema possui indiscutível relevância em matéria de políticas públicas, porque, a prevalecer o entendimento do TCU, não serão contabilizados como ASPS e, por

consequência, no piso constitucional da saúde, recursos do Rehus, do PRHOSUS ou de outras fontes aplicados na maior rede de hospitais públicos do Brasil.

À vista desse cenário, a controvérsia a ser abordada neste artigo reside na necessidade de efetivo enquadramento, como ASPS, de ações e serviços executados pela Ebserh, quando de responsabilidade específica do setor de saúde, sob pena de, não o fazendo, reduzir o papel do orçamento à figura de mera ficção jurídica.

2 A EFETIVA ATUAÇÃO DA EBSERH EM ASPS

A Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica do SUS, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Confiram-se as ações e serviços que, de acordo com o artigo 6º da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, estão incluídos no campo de atuação do SUS:

Art. 6º 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; (Redação dada pela Lei nº 14.572, de 2023)
- d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
- e) de saúde bucal; (Incluída pela Lei nº 14.572, de 2023)

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros

insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

XII – a formulação e a execução da política de informação e assistência toxicológica e de logística de antídotos e medicamentos utilizados em intoxicações. (Incluído pela Lei nº 14.715, de 2023)

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

§ 4º Entende-se por saúde bucal o conjunto articulado de ações, em todos os níveis de complexidade, que visem a garantir promoção, prevenção, recuperação e reabilitação odontológica, individual e coletiva, inseridas no contexto da integralidade da atenção à saúde. (Incluído pela Lei nº 14.572, de 2023)

§ 5º Entende-se por assistência toxicológica, a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, o conjunto de ações e serviços de prevenção, diagnóstico e tratamento das intoxicações agudas e crônicas decorrentes da exposição a substâncias químicas, medicamentos e toxinas de animais peçonhentos e de plantas tóxicas. (Incluído pela Lei nº 14.715, de 2023)

Do mesmo modo, veja-se, conforme o artigo 7º da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, quais princípios e diretrizes devem ser observados pelas ações e serviços públicos de saúde no âmbito do SUS:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)

XV – proteção integral dos direitos humanos de todos os usuários e especial atenção à identificação de maus-tratos, de negligência e de violência sexual praticados contra crianças e

adolescentes. (Incluído pela Lei nº 14.679, de 2023)

Além do exposto, a Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012, determina nos seus artigos 2º e 3º o que efetivamente deve ser enquadrado como ASPS. Confira-se:

Art. 2º Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

- I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;
- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

É importante mencionar que, por meio do Acórdão n.º 31/2017, o Ministro Augusto Sherman, do TCU, ressaltou “[...] que o legislador complementar procurou impedir que atividades alheias à área da saúde, mas que exerçam influência direta ou indireta sobre os indicadores de saúde, sejam financiadas com recursos destinados à área”.

Daí já se constata que seria impossível conceber os serviços prestados pela Ebserh como alheios à área da saúde. Ou seja, os serviços prestados pela Ebserh não apenas têm influência sobre a saúde da coletividade ou aptidão de influir nos indicadores de saúde pública. Em verdade, a Ebserh salva vidas a cada segundo, garante o direito à saúde da população brasileira e, assim, as suas despesas se encaixam perfeitamente no conceito de ASPS previsto na Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012.

Entretanto, ao interpretar os referidos dispositivos legais, o TCU concluiu que, para o cômputo no piso constitucional da saúde, somente deveriam ser consideradas as despesas realizadas por unidades do Ministério da Saúde, inclusive em razão da seguinte regra constante no artigo 12 da Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012:

Art. 12. Os recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde, para ser aplicados em ações e serviços públicos de saúde.

Sobre esse ponto, especificamente, é incontroverso que o simples fato de a Ebserh ser vinculada ao Ministério da Educação, e não ao Ministério da Saúde, não é capaz de alterar a constatação de que os HUFs que a compõem atuam, enquanto agentes estratégicos, em ASPS no âmbito do SUS.

A confirmar o que se expõe, basta ver que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.895, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da lei de criação da Ebserh e registrou expressamente que a empresa é estatal prestadora de serviços públicos gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e terapêutico à comunidade. Veja-se:

[...].

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.

[...]. (BRASIL, 2020).

Ora, enquanto órgãos públicos, os Ministérios “[...] não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram [...]” (MELLO, 2009, p. 140), de modo que, tratando-se do Ministério da Educação ou do Ministério da Saúde, ambos são hierarquicamente subordinados ao Presidente da República, que é a quem compete privativamente exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração Pública federal (artigo 84, inciso II, da CR/88).

Por óbvio, a execução de ASPS não se insere na competência privativa do Ministério da Saúde, porque engloba a atuação de órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, além da iniciativa privada, em caráter complementar (artigo 4º da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990).

Tanto assim o é que os HUFs administrados pela Ebserh integram a rede credenciada do SUS, mediante convênio ou instrumento congênere, conforme estabelece o artigo 45 da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, nos seguintes termos:

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.

Aliás, encontra expressa previsão no Anexo XXIV da Portaria de Consolidação GM/MS n.º 2/2017 a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP), cujas regras se aplicam a todos os hospitais, públicos ou privados, que prestem ações e serviços de saúde no âmbito do SUS.

Um dos eixos estruturantes da PNHOSP é justamente a contratualização, que, conforme o parágrafo único do artigo 34 do Anexo XXIV da Portaria de Consolidação GM/MS n.º 2/2017, é “[...] a formalização da relação entre o gestor público de saúde e os hospitais integrantes do SUS, públicos e privados, com ou sem fins lucrativos, sob sua gestão, por meio de instrumento formal de contratualização”.

Assim, não há dúvidas de que, ao participarem formalmente da rede pública de saúde do SUS, em razão dos convênios e instrumentos congêneres que celebram com fundamento no artigo 45 da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, e no Anexo XXIV da Portaria de Consolidação GM/MS n.º 2/2017, os HUFs administrados pela Ebserh passam a acordar e cumprir metas com a gestão pública de saúde, sob diretrizes das políticas públicas de Estado.

A propósito, o § 1º do artigo 3º da Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, é categórico ao estabelecer que as atividades de prestação de serviços de assistência à saúde pela Ebserh devem estar inseridas integral e exclusivamente no âmbito do SUS.

E o § 2º do artigo 3º da Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, determina, por sua vez, que, “no desenvolvimento de suas atividades de assistência à saúde, a Ebserh observará as orientações da Política Nacional de Saúde, de responsabilidade do Ministério da Saúde”.

Desse modo, não há dúvidas de que as diversas despesas realizadas no âmbito da Ebserh, voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, enquadram-se perfeitamente no conceito de ASPS previsto na Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012.

Isso porque a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, realizada pela Ebserh no âmbito do SUS, atende às diretrizes previstas no artigo 198 da CR/88, bem como às regras estabelecidas nos artigos 6º e 7º da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de

1990, incluindo o acesso universal, igualitário e gratuito (artigo 3º, caput e inciso I, da Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012).

Nesse sentido, diversas despesas realizadas no âmbito da Ebserh, voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, são de responsabilidade específica do setor da saúde (artigo 3º, inciso III, da Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012).

A confirmar o que se está a expor, por meio do Parecer Jurídico n.º 00553/2023/CONJUR-MS/CGU/AGU, a Advocacia-Geral da União concluiu que a atuação dos HUFs envolve inerentemente despesas de saúde. Veja-se:

[...].

Ao que parece, o dispositivo, ao mencionar "responsabilidade específica do setor da saúde", **pretende tão somente excluir as despesas oriundas de áreas sociais que, embora tenham impacto sobre a saúde, não são inerentemente despesas de saúde, o que não é o caso da atuação dos hospitais universitários.**

A essência da divergência está em como diferenciar despesas que afetam a saúde de maneira reflexa das que são genuinamente específicas da área.

[...]

Portanto, no caso da EBSEH e dos Hospitais Universitários, a despeito da ligação com o Ministério da Educação, e as ações nesse setor (educação), é inegável que eles desenvolvem diretamente ações de saúde.

É que, na contramão do raciocínio desenvolvido pelo TCU no Acórdão n.º 31/2017, são de responsabilidade específica do setor da saúde (e não meramente fatores determinantes ou condicionantes), ações relacionadas à assistência ao paciente, que deve ser o centro do cuidado e é quem deve ser beneficiado, não apenas no plano formal de técnicas de elaboração do orçamento, mas no plano fático e real, com o financiamento público da saúde.

Ou seja, o papel dos HUFs na prestação de serviços de assistência à saúde no âmbito do SUS não está apenas relacionado a

outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, incidentes sobre as condições de saúde da população. Ao contrário, o papel dos HUFs nesse cenário incide de maneira direta na política pública de saúde.

Tanto assim o é que, com a integração dos HUFs à rede Ebserh, houve um claro movimento de ampliação da oferta de serviços à sociedade, com o consequente preenchimento dos “vazios assistenciais” e com ampliação da cobertura de demandas sensíveis aos gestores locais do SUS.

Em relação ao tema, a Consultoria Legislativa do Senado Federal também se manifestou, por meio da Nota Informativa n.º 107/2024, concluindo que sugerir que os HUFs realizariam tão somente atividades de interesse do SUS implicaria reduzir o papel que desempenham enquanto instituições estratégicas para a garantia do direito à saúde da população. Confira-se:

[...] afirmar que os HUF realizam apenas atividades de “interesse” do SUS é diminuir o papel que desempenham como instituições estratégicas para a garantia do direito à saúde da população.

[...] Não é razoável restringir o repasse de recursos à mera remuneração pela produção de serviços, excluindo-se a possibilidade de investimentos em equipamentos médico-hospitalares e outros. Tal conduta levaria a uma situação ilógica, pois implicaria tratar os HUF como se hospitais privados fossem, ou seja, que não atendem às premissas de universalidade, gratuidade e adequação aos planos de saúde dos entes federados, conforme estabelecido pela Lei n.º 8.080, de 1990, e pela LCP n.º 141, de 2012.

[...]

Tampouco seria razoável supor que as atividades realizadas pelos HUF se enquadram na hipótese das “políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população”.

Não se trata do saneamento, ainda que ele seja decisivo no enfrentamento a várias doenças.

Não diz respeito à educação básica ou profissional, condição essencial para a melhoria da situação de saúde de qualquer população. Também não se assemelha à estrada construída para permitir o acesso da população aos serviços de saúde, apesar de sua importância. Por fim, não se trata dos determinantes e condicionantes da saúde enumerados na Lei nº 8.080: alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Desse modo, para a Consultoria Legislativa do Senado Federal, o simples fato de os HUFs não estarem sob a supervisão ministerial do setor da saúde não impede que as suas atividades sejam enquadradas como ASPS, até mesmo porque, do contrário, será gerado deslocamento entre o plano real, da política pública de saúde, e o plano formal, da execução orçamentária. Veja-se:

[...] considera-se que a atividade assistencial dos HUF deve ser designada como parte das ações e serviços públicos de saúde, conforme definido pela LCP nº 141, de 2012. Além disso, o ensino e a pesquisa realizado por essas instituições são essenciais e estratégicos para o SUS, porquanto **a formação profissional faz parte do escopo de ações do SUS, previsto tanto na CF quanto na LOS**. Ainda que o ensino universitário seja atribuição do MEC e do setor da educação, a atividade dos HUF contempla de forma indissociável a assistência à saúde, o ensino e a pesquisa. **O simples fato de os HUF estarem sob a supervisão ministerial do setor da educação não implica em atividades apartadas do setor saúde**, conforme é possível vislumbrar pelas várias iniciativas interministeriais listadas ao longo desta nota. Ademais, cabe ao SUS regular a oferta desses hospitais, definir que paciente e quando terá acesso a um leito de internação, a uma consulta, a um exame, a uma cirurgia, entre outros procedimentos.

Ao não considerar as despesas com os HUF como vinculadas à saúde, produz-se um descolamento entre o plano real da política de saúde, que envolve de forma indissociável assistência, ensino e pesquisa, e o plano formal, da execução orçamentária.

Por meio da Nota Técnica 1/2024/SAG/CC/PR, a Secretaria Especial de Análise Governamental da Casa Civil, da Presidência da República, também analisou a temática e concluiu que os HUFs participam e respondem a programas estratégicos do SUS, sobretudo em se tratando de serviços de alta complexidade, para os quais, não raras vezes, são as únicas referências. Confira-se:

[...].

Os HUF participam e respondem a programas estratégicos do Sistema, como redução das filas de cirurgias eletivas, urgências sanitárias, programas de DST/Aids, doenças negligenciadas, como o tratamento e internação de tuberculose multirresistente. Em muitos estados, os HUF são as únicas referências para o tratamento de doenças graves, contando com recursos humanos e tecnológicos para o atendimento adulto e pediátrico.

Por tais motivos, a Casa Civil da Presidência da República igualmente se posiciona no sentido de que os recursos destinados ao Fundo Nacional da Saúde, que sejam descentralizados para os HUFs, devem ser computados no piso constitucional da saúde, sempre que estejam em conformidade com o Plano Nacional de Saúde e/ou com os planos de saúde locais e sejam executados de acordo com os termos pactuados com os gestores do SUS:

Uma vez que os serviços prestados pelos HUF são integralmente ofertados ao SUS, sendo garantido o acesso universal, igualitário e gratuito, entende-se que os recursos orçados ao Fundo Nacional de Saúde que sejam descentralizados para financiar a prestação, qualificação e ampliação de serviços de saúde pelos HUF cumprem os requisitos para

cômputo na aplicação mínima constitucional, desde que estejam em conformidade com o Plano Nacional de Saúde e/ou planos de saúde locais e sejam executados de acordo com os termos pactuados com os gestores do Sistema Único de Saúde.

[...].

Diante do exposto, conclui-se que despesas executadas por HUF ou pela EBSEERH, oriundas de dotações orçamentárias consignadas ao Ministério da Saúde, previstas pelo Poder Executivo ou por emendas parlamentares, são ações e serviços públicos de saúde nos termos da LC 141, desde que alinhadas a diretrizes e objetivos definidos pelo Ministério da Saúde.

Na mesma direção, o próprio Ministério da Saúde, por meio do Parecer Jurídico n.º 00553/2023/CONJUR-MS/CGU/AGU, corroborado pelo Secretário Executivo Adjunto, reconhece expressamente que os gastos associados aos HUFs devem ser considerados ASPs. Veja-se:

É inegável que a EBSEERH e os hospitais universitários (HUs) possuem dupla função. Estão ligadas ao Ministério da Educação, em razão da autonomia universitária prevista na Constituição Federal, desempenhando importante papel na promoção de ensino, pesquisa e extensão, mas também se tornaram **referência em atendimento à saúde para a população, especialmente em regiões carentes de serviços especializados.**

Os hospitais universitários (HUs) desempenham um papel vital dentro do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo considerados importantes centros de pesquisa avançada, colocando o Brasil na vanguarda das inovações médicas.

Apesar da sua importante atuação na área da educação, não se pode desconsiderar a importância destes hospitais também para a saúde pública.

[...]

Tal integração não deve ser apenas nominal, mas também financeira e estrutural. Isso significa que, **independentemente de sua origem ou propósito educacional, uma vez que eles fornecem serviços de saúde para a população e são reconhecidos como parte do SUS, os gastos associados a esses serviços devem ser considerados despesas de saúde.**

Conclui-se, desse modo, que a interpretação atualmente adotada pelo TCU conduz, com todo respeito, à conclusão absurda de que recursos aplicados em instituições privadas, sem fins lucrativos, podem ser computados para fins de ASPS. Mas, por outro lado, recursos aplicados na maior rede de hospitais públicos do Brasil, composta por HUFs que são centros de referência em média e alta complexidades no SUS, administrados pela Ebserh, entidade integrante da própria Administração Pública Federal indireta, não podem ser computados para fins de ASPS.

Em razão desse posicionamento do TCU, o Ministério da Saúde deixou de consignar em seu orçamento os recursos previstos no Rehuf para investimentos nos HUFs, assim como deixou de repassar à Ebserh valores provenientes de Emendas Parlamentares para investimentos em ASPS.

Ocorre que a controvérsia pode ser perfeitamente resolvida por meio da teoria da derrotabilidade das normas, explicada em acórdão do Supremo Tribunal Federal da seguinte forma:

[...].

O fundamento da derrotabilidade resulta da constatação de que o legislador não dispõe da capacidade de antecipar, desde logo, quando da elaboração da lei, todas as possíveis hipóteses de sua incidência e todas as situações que mereceriam ser excepcionadas.

Por meio da teoria da derrotabilidade das regras é reconhecida a existência de **exceções** não previstas na lei, mas que decorrem **implicitamente** do próprio sistema normativo em que a regra está inserida.

Vê-se, daí, que a derrotabilidade (defeasibility) **excepciona** a regra geral em relação a **uma situação concreta e específica**, dentro da perspectiva de que não teria, o legislador, sido capaz de prever a ocorrência de eventos anormais e incomuns, justificando-se, por isso mesmo, concluir que tais fatos estariam fora do âmbito de abrangência da norma, seja por não corresponderem ao suporte fático previsto em lei, seja por configurarem exceções à sua incidência.
[...]. (BRASIL, 2011).

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, a derrotabilidade consiste no seguinte:

Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto” (BULOS, 2020, p. 133)

Confira-se, ainda, a explicação apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da referida teoria da derrotabilidade das normas:

[...].

2- De acordo com a teoria da derrotabilidade das normas, as regras possuem exceções explícitas, previamente definidas pelo legislador, e exceções implícitas, cuja identificação e incidência deve ser conformada pelo julgador, a quem se atribui o poder de superá-la, excepcional e concretamente, em determinadas hipóteses.

3- A exceção implícita, de caráter sempre excepcional, pode ser utilizada para superar a regra quando a literalidade dela for insuficiente para resolver situações não consideradas pelo legislador ou quando, por razões de inadequação, ineficiência ou injustiça, o resultado da interpretação literal contrarie a própria finalidade da regra jurídica.

[...]. (BRASIL, 2023).

Constata-se, assim, que a teoria da derrotabilidade das normas parte da premissa de que as regras possuem exceções explícitas e, excepcionalmente, exceções implícitas, que podem ser utilizadas nesse último caso para superar a própria regra quando a sua literalidade for insuficiente para resolver situações não consideradas pelo legislador ou, ainda, quando, por razões de inadequação, ineficiência ou injustiça, o resultado da sua interpretação contrariar a própria finalidade da regra.

Trata-se exatamente do que ocorre com o artigo 12 da Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012, quando estabelece que os recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde, para ser aplicados em ações e serviços públicos de saúde.

A exceção implícita, nesse contexto, a ensejar a aplicação da teoria da derrotabilidade, envolve a Ebserh, que, embora vinculada ao Ministério da Educação, incontroversamente executa ASPS, de modo que qualquer interpretação que coloque a maior rede de hospitais públicos do país à margem da aplicação dos recursos vinculados ao orçamento da saúde contrariará o próprio espírito da Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012 e, ainda, gerará ineficiência e injustiça.

Nesse contexto, impõe-se a revisão do posicionamento adotado pelo TCU, porque “o Direito deve ser interpretado inteligentemente e não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões insubistentes ou impossíveis [...]” (Maximiliano, 2003, p. 136).

Essa compreensão é necessária também porque o orçamento anual não pode se reduzir ao papel de mera ficção jurídica, para cumprir formalidades jurídicas, em prejuízo dos milhões de brasileiros que recorrem diariamente aos HUFs espalhados por todo o país, em busca de autêntico serviço público capaz de promover, proteger ou recuperar a própria saúde e/ou de entes queridos.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que as ações e os serviços executados pelos HUFs administrados pela Ebserh, quando de responsabilidade específica do setor de saúde (o que inclui, por exemplo, Rehuf e PRHOSUS), devem se enquadrar no conceito de ASPS e, por consequência, no piso

constitucional da saúde.

Consequentemente, o posicionamento manifestado pelo TCU por meio do Acórdão n.º 31/2017 deve ser revisto, com fundamento na teoria da derrotabilidade das normas, que parte da premissa de que as regras possuem exceções explícitas e, excepcionalmente, exceções implícitas, que podem ser utilizadas nesse último caso para superar a própria regra quando a sua literalidade for insuficiente para resolver situações não consideradas pelo legislador ou, ainda, quando, por razões de inadequação, ineficiência ou injustiça, o resultado da sua interpretação contrariar a própria finalidade da regra

A exceção implícita, nesse contexto, a ensejar a aplicação da teoria da derrotabilidade, envolve a Ebsersh, que, embora vinculada ao Ministério da Educação, incontroversamente executa ASPS, de modo que qualquer interpretação que coloque a maior rede de hospitais públicos do país à margem da aplicação dos recursos vinculados ao orçamento da saúde contrariará o próprio espírito da Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012 e, ainda, gerará ineficiência e injustiça.

Entender o contrário implica reduzir o orçamento anual ao papel de mera ficção jurídica, para cumprir formalidades jurídicas, distanciando-o do plano fático e real da política pública de saúde, sobretudo na perspectiva do financiamento público dos HUFs no âmbito do SUS.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Advocacia-Geral da União. PARECER n. 00553/2023/CONJUR-MS/CGU/AGU. Brasília, 30 de agosto de 2023. Documento consultado na Tomada de Contas n.º 044.789/2021-1, em trâmite no Tribunal de Contas da União.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial: Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Decreto n.º 7.082, de 27 de janeiro de 2010. Institui o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais- REHUF, dispõe sobre o financiamento compartilhado dos hospitais universitários federais entre as áreas da educação e da saúde e

disciplina o regime da pactuação global com esses hospitais. Diário Oficial: Brasília, 27 de janeiro de 2010.

BRASIL, Decreto n.º 11.674, de 30 de agosto de 2023. Institui o Programa Nacional de Qualificação e Ampliação dos Serviços Prestados por Hospitais Universitários Federais Integrantes do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial: Brasília, 31 de agosto de 2023.

BRASIL, Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial: Brasília, 20 de setembro de 1990.

BRASIL, 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; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Diário Oficial: Brasília, 16 de dezembro de 2011.

BRASIL, Lei Complementar n.º 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Diário Oficial: Brasília, 16 de janeiro de 2012.

BRASIL, Portaria de Consolidação do Gabinete do Ministro do Ministério da Saúde (GM/MS) n.º 02, de 3 de outubro de 2017. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial: Brasília, 3 de outubro de 2017.

BRASIL, Presidência da República. Nota Técnica n.º 1/2024/SAG/CC/PR. Brasília, 11 de abril de 2024. Documento consultado na Tomada de Contas n.º 044.789/2021-1, em trâmite no Tribunal de Contas da União.

BRASIL, Senado Federal. Nota Informativa n.º 107, de 2024, da Consultoria Legislativa. Brasília, 8 de fevereiro de 2024. Documento consultado na Tomada de Contas n.º 044.789/2021-1, em trâmite no Tribunal de Contas da União.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n.º 199.079/Rio Grande do Norte, Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrichi – Segunda Seção. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 18 de dezembro de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.895, Relatora: Ministra Cármen Lúcia – Tribunal Pleno, Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 7 de dezembro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6524, Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 6 de abril de 2021.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 31/2017, Relator: Ministro Augusto Sherman – Plenário. Brasília, 18 de janeiro de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 133.

Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 136.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 140.