

IMPRESSÕES SOBRE O PROCESSO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES

NOTES ON THE HISTORICAL PROCESS OF CREATING THE BRAZILIAN HOSPITAL SERVICES COMPANY

Valéria Alpino Bigonha Salgado¹

Resumo

O artigo aborda os aspectos motivadores da criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) e trata de processo político-administrativo que culminou com a aprovação da Lei n.º 12.550, de 2011, que autorizou a instituição da entidade pública. Ressalta a importância de ter sempre presentes os elementos históricos que demarcaram a criação da Empresa Pública, para a adequada compreensão das especificidades de seu estatuto jurídico-administrativo e o efetivo e integral cumprimento de suas finalidades institucionais.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão. Empresa pública unipessoal. Fundação estatal.

Abstract

The article explore the motivating aspects of the creation of the Brazilian Hospital Services Company (Ebserh) and the political-administrative process that culminated in the approval of Law No. 12,550, of 2011, which authorized the creation of the public entity. It highlights the importance of always keeping in mind the historical elements that marked the creation of the Public Company, for an adequate understanding of the specificities of its legal-administrative status and the effective and full fulfillment of its institutional objectives.

¹ Pós-graduada em Direito Sanitário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa Sírio Libanês; e em Gestão Pública e Qualidade em Serviços pela UFBA. Ocupou cargos de confiança do Governo Federal no MARE, MPOG e PR, por mais de 20 anos em áreas de políticas de gestão pública. Nesse período, foi a gerente responsável pelo projeto de criação da EBSEH, no âmbito do MPOG. Consultora na área da gestão pública junto a órgãos e entidades públicas e organismos internacionais tais como BID, OPAS, UNESCO, IICA e CEPAL. Membro do Conselho Superior do Instituto de Direito Sanitário Aplicado e de seu corpo técnico e Sócia-administradora da Empresa Direito e Gestão Pública.

Keywords: Unified Health System. Support for teaching, research and extension. Single-person public company. State foundation.

Ter presentes e resguardar na memória os fatores históricos que determinaram a edificação das instituições públicas é um movimento importante para a construção da cidadania, uma vez que possibilita preservar e valorizar os elementos políticos, sociais e culturais que motivaram o surgimento e a manutenção dessas instituições, vocacionadas ao atendimento do interesse público, mantendo viva a sua identidade e seus propósitos originais, ainda que esses possam e devam sofrer naturais evoluções para acompanhar as demandas da sociedade.

É importante lembrar que questões constitucionais e legais não são, originariamente, jurídicas, mas sim políticas, uma vez que expressam as relações de poder dominantes no país, as quais constituem a força ativa determinante das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resultam dos fatores reais de poder. (LASSALLE 1998)

Sendo assim, e, na presunção de que a fiel interpretação da lei e da norma é fundamental para assegurar o alinhamento da atuação das instituições públicas ao interesse da coletividade, o apuro no exercício hermenêutico do arcabouço jurídico-administrativo torna-se fator crítico para a garantia da ordem social e econômica e da soberania da nação.

Os servidores públicos que atuam na estrita forma do que estabelece as leis e normas que regem a Administração Pública, sobretudo os que pertencem às carreiras jurídicas, bem compreendem a importância do exercício da hermenêutica no processo de interpretação e aplicação da norma jurídica.

Nesse aspecto, revestem-se de grande valor para a hermenêutica jurídica os conteúdos das exposições de motivos e das notas técnicas que encaminham as proposições de leis e decretos, assim como os “*considerandos*”, que frequentemente antecedem as disposições de portarias expedidas por órgãos do Poder Executivo, tais como as frequentemente encontradas nos atos do Ministério da Saúde.

Tais conteúdos preservam a intenção do legislador ou do dirigente público na proposição e aprovação dos atos legais e normativos; e por vezes, são fundamentais para dirimir dúvidas interpretativas sobre o conteúdo dessas normas. Infelizmente, ao longo

dos últimos anos, esses conteúdos, especialmente das exposições de motivos, têm sido cada vez mais suscintos, resultando na perda da história, do registro sobre a motivação e do espírito das normas, com inegável prejuízo hermenêutico.

Por essa razão, é particularmente interessante abrir espaço na agenda para a reflexão e a discussão sobre o processo histórico da criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), com ênfase nas motivações e estratégias.

Imbuído, pois, do espírito de preocupação com as bases conceituais para a compreensão dos institutos administrativos e para a sua adequada aplicação, é que o presente artigo busca resgatar elementos históricos que circundaram o processo de concepção e criação da Ebserh, à época, conduzido pelos Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em articulação com os Ministérios da Educação e da Saúde, que culminaram na edição da Lei n.º 12.550, de 2011, que autorizou a criação, pelo Poder Executivo Federal, dessa empresa pública.

A proposta de criação de Ebserh surgiu da constatação da inadequação dos modelos de autarquia e fundação autárquica, que funcionam segundo as normas de direito público, para personalizar hospitais públicos federais, em face das complexidades inerentes ao universo administrativo hospitalar. Isso porque a rigidez do regime administrativo não assegurava as necessárias agilidade e flexibilidade aos processos de aquisição, incorporação tecnológica, contratação, estruturação de carreira e remuneração de servidores; à gestão orçamentária, dentre outros.

O esgotamento do modelo jurídico adotado para a atuação estatal nas áreas sociais - em especial naquelas que a sociedade reconhece como de grande importância a ação direta do Estado, como saúde e educação, vinha conduzindo gestores públicos a adotarem práticas e recursos institucionais muitas vezes de natureza duvidosa, tais como a expansão das relações com fundações de apoio para além dos limites constitucionais e legais, colocando o Estado em preocupante risco jurídico.

As parcerias estabelecidas pelos hospitais públicos federais com fundações de apoio passaram, a ser objeto de contestações por parte de órgãos de controle interno e externo, em particular pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, em razão das irregularidades identificadas nas relações simbióticas desses hospitais

com suas fundações de apoio, por meio das quais eram viabilizados o fornecimento de mão-de-obra terceirizada; a triangulação de recursos para driblar controles orçamentários; e a complementação remuneratória de servidores públicos – procedimentos que, na visão dos mencionados órgãos de controle, feriam dispositivos constitucionais e legais.

O quadro vigente, à época, retratado pelo Governo Federal na Exposição de Motivos Interministerial n.º 00127/2011/MP/MEC, de 20 de junho de 2011, era de quarenta e cinco hospitais universitários, configurados como órgãos sem personalidade jurídica própria, integrantes de autarquias ou fundações públicas de direito público universitárias, vinculadas ao Ministério da Educação, dotados de limitada autonomia administrativa e financeira, cuja finalidade era prestar apoio às atividades de ensino superior e pesquisa em saúde públicas realizadas no âmbito dessas universidades. Nada obstante, esses órgãos eram, antes de tudo, hospitais: “*autênticas unidades de atendimento médico-hospitalar de média e alta complexidade, responsáveis por uma média de 40 milhões de procedimentos por ano, integralmente dentro do Sistema Único de Saúde*”. (BRASIL.PR 2010).

Segundo disposto no texto da EMI n.º 00127/2011/MP/MEC, a dupla finalidade pública - de assistência direta à população e de apoio ao ensino e à pesquisa das universidades – configurava-se como importante diferença dos hospitais universitários em relação aos demais hospitais públicos. Essa característica singular conferia maior complexidade à gestão hospitalar e exigia um nível de agilidade, flexibilidade e dinamismo incompatíveis com as limitações impostas pelo regime jurídico de direito público próprio da administração direta e das autarquias, especialmente no que se refere à contratação e à gestão da força de trabalho. (BRASIL.PR 2010).

Na EMI n.º 00127/2011/MP/MEC, reconheceu o Governo que, desde os anos 90, os hospitais universitários vinham expandindo suas atividades sob bases institucionais frágeis e não sustentáveis em longo prazo, o que vinha acarretando distorções, problemas cumulativos e vulnerabilidade jurídica. (BRASIL.PR 2010).

Em meados de 2011, a força de trabalho dos hospitais universitários era composta por, aproximadamente, 70.373 (setenta mil, trezentos e setenta e três) profissionais, dos quais 26.556 (vinte e seis mil, quinhentos e cinquenta e seis) eram recrutados por intermédio das fundações de apoio das universidades, sob diversos formatos legais:

pelo regime celetista (CLT), por contratos de prestação de serviços (terceirização) e outros formatos que caracterizam vínculos precários sob a forma de terceirização irregular. (BRASIL.PR 2010).

Todas essas dificuldades conduziram a Secretaria de Gestão do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a coordenar estudos, com representantes da área da saúde, da área da educação, juristas e outros colaboradores, no objetivo de identificar um formato jurídico que, dentro do Estado, pudesse gozar de maior flexibilidade e autonomia.

Desses estudos, destacaram-se os realizados para a concepção e proposição do Projeto de Lei Complementar (PLP) n.º 92, encaminhado ao Congresso Nacional em dezembro de 2007, referente às fundações estatais, pela sua importância estratégica no impulsionamento da reflexão governamental sobre as formas regulatórias do Estado. O projeto da Fundação Estatal visava dar novo contorno jurídico à fundação instituída pelo Poder Público, prevista no inciso IV, do art. 5º do Decreto-Lei n.º 200, de 1967, dotada de regime administrativo de direito privado, similar ao das empresas estatais¹.

Destaque-se que o principal aspecto diferenciador entre a fundação estatal e a empresa pública está no fato de a primeira se direcionar à realização de atividades e serviços públicos na área social, sem objetivo de lucro, voltada, especialmente, à execução de atividades e serviços destinados à comunidade, para a efetivação de direitos sociais; enquanto a empresa pública está vocacionada à exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa.

Entretanto, nos estudos realizados pelo Governo Federal, à

¹ Assim como as empresas públicas e sociedades de economia mista, a fundação pública de direito privado é criada a partir de autorização legal, que estabelece seus requisitos constitutivos essenciais, tais como finalidade, competências, origem do seu patrimônio, receitas, composição do sistema de governança, dentre outros. Só pode ser extinta mediante nova autorização legal. Seus empregados são contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Na qualidade de entidade pública integrante da administração indireta, a fundação estatal sujeita-se à orientação, coordenação e supervisão da administração direta, e demais disposições previstas na Constituição Federal a serem observadas por quaisquer entidades da Administração Indireta, independente do seu regime de Direito Público ou Privado, a exemplo das obrigações de realizar concurso público, observar procedimentos licitatórios e sujeitar-se ao controle interno e externo do Poder Executivo.

época, a personalização dos hospitais universitários federais sob o modelo de fundação pública de direito privado não podia ser considerada uma opção, uma vez que a aplicação do modelo vinha encontrando resistências, em função de questionamentos jurídicos² e de oposições político-ideológicas por parte do Ministério Público, dos órgãos de controle externo, de parcela da comunidade jurídica, de entidades sindicais e de dentro da própria burocracia pública federal.

A opção pela personalização dos hospitais universitários como empresa pública decorreu, assim, da inviabilidade jurídica existente na época de enquadrá-los como fundação estatal. Entretanto, o estatuto de empresa pública concebido para a Ebserh foi totalmente baseado no estatuto jurídico que havia sido projetado para a fundação estatal, pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, pela natureza eminentemente social de seus fins.

Em 31 de dezembro de 2010, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória n.º 520, que autorizou o Poder Executivo Federal a criar a Ebserh. Como o ato perdeu eficácia em junho de 2011, por decurso de prazo, em julho de 2011, o Governo apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 1.749, de 2011, para autorizar a criação da Empresa, o qual foi convertido na Lei n.º 12.550, em dezembro do mesmo ano. Ainda naquele mês, por meio do Decreto n.º 7.661, a Ebserh seria criada.

Nasceu, assim, a Ebserh, como uma empresa *sui generis*, similar ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre, ao Grupo GHC e à Hemobrás – que prestam serviços públicos gratuitos à população e que não têm finalidade lucrativa.

Tais empresas públicas, ditas sociais, não foram concebidas para a exploração direta de atividade econômica pelo Estado mas para a prestação de serviços públicos. Nos termos de sua lei autorizativa, a Ebserh, inclusive, é impedida de distribuir lucros, como ocorre em outras empresas estatais, devendo reinvesti-los integralmente no atendimento ao seu objeto social.

O *caput* do art. 3º da Lei n.º 12.550, de 2011, que enuncia os fins institucionais da Ebserh, dispõe, em primeiro plano, que sua

² O PLP n.º 92/2007 encaminhado pelo Governo Federal para regulamentar as áreas de atuação das fundações estatais, conforme exigia a Constituição, encontrou oposições dentro do Congresso Nacional e nem sequer foi votado, sendo, posteriormente, retirado de pauta.

finalidade é prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, integralmente e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), sob as orientações das políticas nacionais de saúde de responsabilidade do Ministério da Saúde³; além de prestar serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, por meio de contratos celebrado com instituições federais de ensino ou instituições congêneres, dispensada a licitação (conforme arts. 3º e 6º da Lei n.º 12.550, de 2011).

Sua vinculação ao Ministério da Educação, para fins de supervisão ministerial decorreu da importância de garantir o alinhamento da empresa aos interesses das instituições de ensino vinculadas àquela Pasta, sem, entretanto, lhe desconfigurar a natureza de entidade pública de saúde.

Durante o processo de elaboração do Projeto de Lei n.º 1.749, de 2011, convertido na Lei n.º 12.550, de 2011, houve um interessante embate, dentro do Governo, sobre o modelo societário a ser dado à Ebserh – a MP n.º 520, de 2010, havia previsto que a empresa pública deveria ser criada sob a forma de sociedade anônima; mas, para garantir a natureza de entidade pública com finalidades sociais, o PL n.º 1.749 seguiu para o Congresso Nacional com a previsão de que a Ebserh deveria ser criada como “*empresa pública unipessoal*”, exatamente para fazer a distinção entre o estatuto da empresa pública e o daquela criada sob o formato de sociedade anônima, essa última voltada à exploração econômica de bens e serviços e predisposta, inclusive, à abertura de seu capital, no mercado⁴.

Nesse e em outros pontos, seja nas articulações para o desenho do estatuto jurídico da Ebserh, seja nos debates para a conversão do Projeto de Lei, junto ao Congresso Nacional, houve sistemática defesa,

³ Conforme §§ 1º e 2º do art. 3º da Lei n.º 12.550, de 2011.

⁴ Posteriormente, essa conquista, não no caso da Ebserh, mas de outras empresas públicas criadas no Governo Federal, foi prejudicada pelo Decreto 8.945, de 2016, que regulamentou a Lei n.º 13.303, de 2016, das empresas estatais, que determinou que as empresas públicas adotassem, preferencialmente a forma de sociedade anônima, com a finalidade de se regerem pelas regras de governança corporativa fixadas pela lei das sociedades anônimas (Lei n.º 6.404, de 1976). Nessa época, perdeu o Governo Federal uma excelente oportunidade de regulamentar um estatuto próprio para as empresas públicas, tornando-as uma alternativa interessantes para ação estatal na área social, que ainda hoje apresenta problemas.

por parte do Ministério do Planejamento sobre o fato de, apesar de estar configurada como uma empresa pública, o estatuto da Ebserh deveria permanecer próximo ao de uma fundação estatal, em respeito aos seus fins sociais, voltados ao provimento da assistência à saúde da população e ao apoio ao ensino superior na saúde, alheios, portanto, aos interesses e às forças de mercado.

A Lei n.º 12.550, de 2011, contemplou elementos inovadores de gestão, especialmente no que se refere às relações contratuais que deveriam ser mantidas entre as universidades públicas contratantes e a empresa pública. Tais relações teriam natureza híbrida, porquanto, ao tempo em que deveriam ajustar os serviços de apoio a serem prestados às universidades, mediante pagamento, deveriam fixar metas de desempenho institucionais a serem alcançadas pela Ebserh, visando ao melhor aproveitamento dos bens móveis e imóveis e servidores públicos cedidos à Empresa.

Por ser um modelo experimental, de implantação de uma fundação estatal “*travestida*” de empresa pública, a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento considerava imprescindível participar, ativamente, de todas as fases de concepção e aprovação do estatuto social da empresa, por envolver aspectos relacionados à sua competência e aos projetos que ela vinha desenvolvendo.

Mas a criação da Ebserh e a sua instalação ocorreram na virada de um mandato presidencial para outro; e as negociações, no âmbito do novo governo, sob novo comando presidencial, seguiram em outras direções, tendo a Empresa, inclusive, sido estruturada como dependente do orçamento público, perdendo-se muito de sua autonomia, conforme concepção original.

Ao invés de firmar contratos de prestação de serviços, a Ebserh celebra, atualmente, “*contratos de gestão especial gratuita*” com as universidades federais, enquadráveis, dentro do Direito Administrativo vigente, na categoria dos tradicionais convênios, regidos pelo Decreto nº 11.531, de 16 de maio de 2023, cujo objeto deve se limitar ao apoio às atividades de ensino superior das universidades⁵.

Outro aspecto a ser destacado no processo de criação da Ebserh, foi o viés de origem ocorrido na proposição do seu estatuto legal, que até hoje é mal interpretado. No início das articulações

⁵ Lembrar que as ações e serviços públicos de saúde prestados pela Ebserh decorrem de ajustes celebrados com os gestores de saúde, que oneram o Fundo Nacional de Saúde.

governamentais travadas para a criação da empresa, ante o receio, por parte das universidades federais, de perderem o controle de seus hospitais, foi sugerida a possibilidade de se criar uma “*empresa gerenciadora de hospitais universitários federais*”, que pudesse exercer, de forma terceirizada, a gestão das unidades hospitalares das universidades, como uma espécie de “*fundação de apoio pública*”, que continuasse provendo mão-de-obra celetista, complementando salários de servidores e triangulando recursos, sem retirar os hospitais de dentro da estrutura organizacional das universidades.

Essa possibilidade, por não encontrar respaldo dentro do Direito Público Brasileiro, foi descartada pelo Ministério do Planejamento, que se posicionou quanto à impossibilidade jurídica de se criar uma entidade pública de direito privado para administrar unidades internas de uma autarquia, porque configuraria uma “*fuga ao regime jurídico de direito público*”.

A solução encontrada foi a de criar uma empresa prestadora de serviços médico-hospitalares ao público do SUS, um grande hospital, com várias filiais ou agências, que além disso, desse apoio às universidades nas suas atividades de ensino superior, pesquisa e extensão.

Nesse modelo, os hospitais sairiam da estruturas organizacionais das universidades, sendo automaticamente extintos, dentro de seus respectivos regimentos internos, e seu patrimônio seria cedido à Ebserh, mediante o instituto da permissão de uso, enquanto vigorasse o contrato celebrado com cada universidade. Para garantir a continuidade das atividades, os servidores das universidades que atuassem dentro dos hospitais seriam cedidos à Empresa.

A permissão de uso do patrimônio e a cessão de pessoal, não implicariam, contudo a extinção das competências de promoção das atividades de extensão pelas instituições federais de ensino superior, nem a perda de seu patrimônio.

Conforme explicitado na Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei n.º 1.749, de 2011, a decisão de contratar ou não os serviços da empresa pública seria da própria universidade, que poderia fazê-lo se e quando julgasse mais conveniente. Os termos do contrato seriam negociados, diretamente, pela universidade e empresa, e avalizados pelo Ministério da Educação, podendo dispor, a critério da universidade, sobre a cessão de bens móveis e imóveis e de servidores à empresa.

E assim foi criada a Ebserh – como o próprio nome diz, um grande hospital, voltado ao atendimento da população, que funciona a partir de patrimônio oficialmente cedido a ela pelas universidades. Não se trata, portanto, de uma administradora de hospitais das universidades. Ela administra os próprios hospitais, que funcionam em imóveis e com equipamentos públicos cedidos.

Importante lembrar que um hospital público não é apenas um imóvel cheio de equipamentos e móveis. Um hospital público corresponde a um serviço público, administrado por autoridades públicas e executados por agentes públicos de saúde, submetidos diretamente à sua direção. Trata-se de um centro de competências públicas exercidas por força de lei, observado o seu estatuto próprio, ainda que com o uso de patrimônio cedido.

Portanto, na forma da lei, a Ebserh não é uma administradora de hospitais. Ela administra seus hospitais porque é uma prestadora de serviços públicos hospitalares. Também não é uma concessionária de serviços públicos ou uma organização social. É uma entidade pública, que integra a Administração Indireta do Poder Executivo Federal, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial que pressupõe autonomia de sua governança, observada a supervisão do Ministério da Educação e a orientação do Ministério da Saúde, nos assuntos relacionados ao SUS.

O perigo da condescendência com falhas de entendimento e equívocos jurídicos é o seu impacto negativo nas bases do Direito Administrativo, a médio e a longo prazo. Causa insegurança jurídica e afeta a eficiência da gestão pública. Considerar a Ebserh como uma administradora de hospitais de universidades autárquicas é desconsiderar as disposições da lei que autorizou a sua criação.

Por isso, para que a Ebserh possa funcionar plenamente e para que sua área jurídica possa orientar adequadamente os gestores da Empresa é fundamental fortalecer a discussão de governo e com órgãos de controle, sobre a natureza jurídica da Entidade, sua real finalidade institucional e suas competências, especialmente no que concerne às relações com as universidades e, se julgado necessário, rever seu estatuto social e os modelos de contrato que celebra com as universidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL.PR, Presidência da República. 2010. “Exposição de Motivos Interministerial n.º 00383/2010/MP/MEC, de 23 de dezembro de 2010.” 23 de dezembro. Acesso em 04 de Março de 2024. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-383-MP-MEC-MPV-520-10.htm.

LASSALLE, Ferdinand. 1998. A essência da Constituição. 4ª ed. Rui de Habeuri: Liber Juris.