

O CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA E A EBSERH: INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

THE CONCEPT OF STATE FINANCE AND EBSERH: TELEOLOGICAL INTERPRETATION

Vinicius Hsu Cleto¹

Caroline Aguida Fiori Hsu Cleto²

Resumo

O conceito de Fazenda Pública ainda é disputado na doutrina e na jurisprudência, com consequências práticas para o regime processual aplicado a diferentes entes dotados de personalidade jurídica. Concepção tradicional pretende que a Fazenda Pública se resume a pessoas jurídicas de Direito Público, mormente União, estados, Distrito Federal, municípios, autarquias e fundações públicas. Com isso, pessoas de Direito Privado não poderiam compor a Fazenda Pública. Entretanto, entendimento contemporâneo, esposado inclusive por tribunais superiores, vem superando a interpretação formalista, a qual, com efeito, não reflete a realidade prática. Propõe-se que a interpretação teleológica do conceito de Fazenda Pública é bastante mais apropriada para explicar as prerrogativas fazendárias, as quais são extensíveis à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Empresa estatal. EBSERH.

Abstract

The concept of State Finance is still disputed in legal doctrine and jurisprudence, with practical consequences for the procedural framework applied to different entities endowed with legal personality. The traditional conception asserts that State Finance is limited to legal entities of Public Law, notably the Union, states, Federal District, municipalities, autonomous government agencies, and public foundations. Consequently, legal entities of Private Law

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional. Bacharel em Direito pela UFPR. Advogado da Ebserh.

² Bacharel em Direito pela OPET. Assistente administrativo da Ebserh.

would not be part of the State Finance. However, a contemporary understanding, even embraced by higher courts, has been overcoming the formalistic interpretation, which indeed does not reflect practical reality. It is proposed that the teleological interpretation of the concept of State Finance is much more suitable for explaining the procedural prerogatives, which are also applicable to the Brazilian Hospital Services Company (EBSEERH).

Keywords: State Finance. Public company. EBSEERH.

1 INTRODUÇÃO

A legislação processual brasileira aventa prerrogativas específicas para a Fazenda Pública em juízo. A extensão e a quantidade de normas especiais são objeto constante de debate doutrinário, pois, quanto mais favorável o regime ao Estado, mais distante quedaria a satisfação de interesse de litigantes individuais. Em sentido contrário, quanto menos diferenciado o regime a favor da Fazenda Pública, maiores os constrangimentos que o Erário, o orçamento e a organização fiscal sofreriam. O embate culmina em soluções de compromisso as quais, invariavelmente, não satisfazem por inteiro os atores sociais conflitantes.

Entretanto, é especialmente relevante determinar o conceito de Fazenda Pública, ou seja, delinear quem são os sujeitos de Direito que fazem jus a prerrogativas especiais previstas na processualística nacional. Classicamente, a Fazenda Pública se limita a pessoas jurídicas de Direito Público, uma vez que a Administração Pública Indireta composta por pessoas de Direito Privado compete, a princípio, em condições de igualdade com os pares particulares. Isso por força do art. 173 da Constituição Federal, que afirma exploração direta de atividade econômica por empresa pública ou por sociedade de economia mista em casos de relevante interesse coletivo ou por imperativos de segurança nacional.

Parte da doutrina e da jurisprudência nacional adotam a concepção clássica e, automaticamente, consideram impossível que pessoas de Direito Privado possam se valer das prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo. Ocorre que a interpretação gramatical da Constituição Federal não se coaduna com a realidade prática. Por opção legislativa, há casos de empresas estatais que,

teleologicamente, devem receber tratamento de Fazenda Pública.

Este artigo pretende, mediante levantamento qualitativo de bibliografia, analisar, sob a ótica da hermenêutica teleológica, casos em que empresas públicas e sociedades de economia mista fariam jus aos direitos processuais fazendários. Analisa, ainda, casos em que pessoas jurídicas de Direito Público não se subsomem integralmente a essas prerrogativas. Da análise de doutrina e de jurisprudência contemporânea dos tribunais superiores, denota-se que a interpretação teleológica equaciona o problema, apresentada nova conceituação de Fazenda Pública, condizente com a razão de existir desse regime especial.

Por fim, investigado o caso da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, desde sua gênese até seu funcionamento hodierno, nota-se que, embora seja empresa pública federal, deve ser considerada Fazenda Pública para todos os efeitos.

2 O CONCEITO TRADICIONAL DE FAZENDA PÚBLICA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA: INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL

Etimologicamente, a expressão “Fazenda Pública” remete a pessoas que gerenciam finanças e recursos públicos. “Em outras palavras, Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público”¹.

A Fazenda Pública se encontra em juízo quando entes determinados, caso sobrevenham consequências pecuniárias ou prestacionais, devam responder às obrigações por intermédio de recursos públicos, ou seja, provenientes precipuamente de exação que recai sobre a coletividade.

Tradicionalmente, a Fazenda Pública alberga tão somente a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios, as respectivas autarquias e fundações públicas. Por conta de inovações legislativas, consórcios públicos constituídos como associações públicas também fazem parte do conceito de Fazenda Pública².

¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.

² *Ibidem*, p. 4.

O CPC/15 não definiu Fazenda Pública; contudo, consoante lição de Anselmo Prieto Alvarez,

[...] o CPC/2015 (arts. 182 a 184) ao disciplinar a advocacia pública, ou seja, a carreira que é responsável por exercer a postulação judicial em favor da Fazenda Pública, deixa claro que **as pessoas jurídicas de direito público interno que integram a administração direta e indireta, serão assim reputadas como tal**, e por aquela instituição serão patrocinadas no processo³ (grifo nosso)

Com efeito, é a interpretação estrita, restrita, tradicional ou clássica de Fazenda Pública, a qual, como de praxe, é hermenêutica gramatical. Interpretação gramatical que se preocupa com o sentido técnico-jurídico das expressões, pois o Direito fala sua própria língua⁴, apesar das diferentes acepções em diplomas diversos.

Consultado o art. 173, §1º, CF, as empresas estatais, ou seja, empresas públicas e sociedades de economia mista ou i) explorarão atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou ii) prestarão serviços “[...] A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]”.

A equalização de tratamento em relação ao setor privado, para além do disposto no art. 173, §2º, CF quanto à situação fiscal, é herdeira do Decreto-Lei 200 de 1967, que assim dispôs sobre a empresa pública e sobre a sociedade de economia mista:

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei **para a exploração de atividade econômica** que o Governo seja

³ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Fazenda Pública. In: BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coords.). Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. 2. ed. Tomo III. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. s/p

⁴ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 139.

levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito

[...]

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei **para a exploração de atividade econômica**, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta (grifo nosso)

Se o aspecto mercadológico é canônico para as empresas estatais, os recursos que respondem por obrigações impostas judicialmente derivam da atividade econômica exercida em conjunto a homólogos do setor privado. Oferecer prerrogativas de Fazenda Pública criaria distinção, inclusive fiscal-pecuniária (por exemplo, quanto a custas, de natureza tributária), em sentido contrário à igualdade entre concorrentes (art. 173, §2º, CF).

Logo, a concepção tradicional adotou fórmula simples para distinguir a Fazenda Pública. Os sujeitos de Direito Público são Fazenda Pública; os sujeitos de Direito Privado, por via de consequência, não apresentam prerrogativas fazendárias. Até hoje, é noção esposada em juízos e tribunais, conquanto venha sendo progressivamente superada por interpretação teleológica, bastante consolidada nos tribunais superiores.

3 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE FAZENDA PÚBLICA NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA: INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

Conquanto a interpretação clássica tenha o mérito da simplicidade, a evolução da Administração Pública ao longo das décadas complexificou o cenário. Surgiram empresas estatais que não se dedicavam propriamente a atividades de mercado; a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) tem regime próprio; surgiram questionamentos quanto ao caráter público dos Conselhos Profissionais.

Com efeito, a Administração Pública brasileira, por conta de opções legislativas, não se ateu à classificação doutrinária que, ao fim e ao cabo, é tributária do antigo Decreto-Lei 200 de 1967. Progressivamente, a jurisprudência passou a dedicar as prerrogativas fazendárias a entes que, a princípio, não fariam jus a elas. No mesmo sentido, passou a afastar certas prerrogativas de entes de Direito Público Interno.

Embora a complexificação seja passível de críticas por afetar a segurança jurídica, é consentânea com a realidade imposta pelo legislador, que nem sempre discriminou atividades de mercado a empresas estatais. A interpretação judicial se torna teleológica, é dizer, passa a se preocupar com o fundamento último pelo qual existem prerrogativas de Fazenda Pública quando em juízo. Conforme leciona Ruy Rosado de Aguiar Junior:

A interpretação teleológica supera a lógica formal e **dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma**, isto é, para o fim que a norma procura alcançar (Bettiol). A conclusão interpretativa deve estar afeiçoada à preservação desse valor bem jurídico, o que extrapassa o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material. Pode ser incluída aqui, ainda, **a corrente que se preocupa com os efeitos da decisão, fazendo reflexão sobre as conseqüências**⁵ (grifo nosso)

Do ponto de vista processual, foram criadas prerrogativas fazendárias que conformam verdadeiro regime especial. Nas palavras de Rogério Feitosa:

Nessa linha, é possível enumerar as mais relevantes prerrogativas de caráter processual a elas atribuídas da seguinte forma: 1) a dispensa de procuração aos advogados públicos, 2) a atribuição de prazos processuais diferenciados, 3) o adiamento do tempo de pagamento das

⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. Disponível em: <https://encurtador.com.br/floV4>. Último acesso em 27.08.2023

despesas processuais, 4) a possibilidade de intervenção anômala como terceiro interessado, 5) a previsão de limites ao deferimento da antecipação de tutela, 6) a exigência de reexame necessário das decisões definitivas de 1ª instância, 7) a estipulação de regra específica para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, 8) a submissão dos débitos decorrentes de decisões judiciais ao regime de precatório, 9) a incidência de taxa diferenciada de juros moratórios no que tange a esses mesmos débitos, quando de natureza não-tributária, e 10) a previsão de procedimento específico para a execução de créditos fiscais⁶

Destacam-se, a seguir, algumas prerrogativas.

A dispensa de procuração ao advogado público se explica pelo fato de assumir função por meio de ato administrativo, publicamente cognoscível, sem embargo da juntada do instrumento por receio de casuísmos formalistas de certos juízos.

Os prazos processuais diferenciados se explicam pela desigualdade numérica entre integrantes dos departamentos jurídicos da Fazenda Pública e advogados particulares, os quais se dedicam apenas a casos que entendam pertinentes, ao passo que as procuradorias públicas devem atender todo e qualquer caso em que sejam demandadas. Daí a necessidade de oferecer prazos processuais mais elásticos.

A relação com as despesas processuais também é diferenciada, especialmente no que diz respeito à postergação de pagamentos e dispensa de depósitos recursais. Realmente, se há orçamento dedicado a prestações públicas, avalanches processuais poderiam comprometer o interesse primário ou coletivo da Administração Pública, fato reconhecido até pela doutrina que distingue⁷ o “interesse público” do “interesse estatal”.

⁶ FEITOSA, Rogério Augusto Boger. A Fazenda Pública no Ordenamento Brasileiro. In: ROSSATO, Luciano Alves (org.). Temas Atuais da Advocacia Pública. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 34

⁷ BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; ROSSINI, Guilherme de Mello. Uma Proposta de (Re)Leitura da Noção de Interesse Público: Os Privilégios Implícitos da Fazenda Pública em Xeque. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 69, p. 660, jul./dez. 2016.

Na mesma toada, é especialmente relevante que haja discriminação favorável à Fazenda Pública no regime de execução, porquanto

Estão instalados nos bens pertencentes à Fazenda Pública não apenas os órgãos públicos em que funcionam Ministérios ou Secretarias, mas também escolas, creches, postos de saúde, hospitais, delegacias, dentre outros, de modo que a própria continuidade dos serviços públicos disponibilizados à população restaria ameaçada caso houvesse a sujeição ao rito comum das execuções⁸

Nota-se que todas as prerrogativas processuais elencadas, finalmente, atendem à ideia de que os recursos dispendidos são públicos. A advocacia pública tão somente toma as medidas pertinentes para proteger a dilapidação do Erário, mas não atende a clientes específicos, tangíveis, determinados. Trata-se, pois, de esforço legislativo para se afastar o denominado dilema de agência ou problema agente-principal⁹, é dizer, os recursos geridos não são propriedade dos agentes públicos: é necessária teia processual que reduza a possibilidade de atuação negligente ou imperita por parte daqueles que lidam com recurso alheio, da coletividade, conjunto de pessoas impossibilitadas de acompanhar diligentemente a atuação de gestores públicos e de advogados envolvidos em causas que impactam as finanças públicas. Trocando em miúdos, quando sobrevém condenação judicial, quem custeia é o Erário¹⁰, figura impossibilitada faticamente de se queixar.

Esta linha de raciocínio (teleológica) deu gênese à concessão de prerrogativas fazendárias a empresas estatais no Supremo Tribunal Federal (STF). Na ADPF 437, a Corte Constitucional brasileira

⁸ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Vieira Cortez. *Fazenda Pública e Execução*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 19.

⁹ EISENHARDT, Kathleen. *Agency Theory: An Assessment and Review*. In: *The Academy of Management Review*, New York, v. 14, n. 1, pp. 57-74, jan.1989.

¹⁰ QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. *Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 2015*. In: *R. Proc. Geral Est. São Paulo*, São Paulo, n. 82, pp. 213-228, jul./dez. 2015.

entendeu que empresas que desempenham atividade típica de Estado, em regime de exclusividade, dependentes de orçamento público e sem fins lucrativos fazem jus à condição de Fazenda Pública. Trata-se de rompimento com a interpretação tradicional, formalista. No Ag-RRAg-20023-61.2020.5.04.0702, a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) esposou entendimento segundo o qual a lógica é aplicável à EBSERH.

Note-se: posto que i) empresa estatal ou pessoa jurídica de Direito Privado; ii) é dependente de orçamento público, pois iii) eventuais lucros são reaplicados à atividade (“sem fins lucrativos”), que, por sua vez, é iv) pública, pois não busca captar clientes particulares.

Qualquer ente que satisfaça os requisitos acima merece as prerrogativas fazendárias, pois é o Erário quem suporta consequências judiciais negativas, as quais podem culminar na paralisia ou na má prestação de serviços públicos.

A situação, contudo, não está integralmente resolvida. Sobre a questão da atividade administrativa que não se confunde com a empresa econômica,

[...] é possível agrupar as atividades administrativas em sentido lato em cinco grandes grupos. São eles: 1) a gestão de bens públicos; 2) o exercício do poder de polícia; 3) a intervenção do Estado na propriedade; 4) a prestação de serviços públicos; e 5) a intervenção do Estado no domínio econômico [...] Desses cinco grandes grupos, parece-nos que ao menos os quatro primeiros se enquadram integralmente em 'atividades tipicamente administrativas'. Isso porque não é possível imaginar pessoas de direito privado atuando na gestão de bens públicos, exercendo poder de polícia, intervindo na propriedade ou prestando serviços públicos, salvo quando autorizadas expressamente pelo Estado¹¹

Contudo, se a gestão de bem público ocorre por pessoa de Direito Privado com fins lucrativos, não haverá prerrogativa fazendária

¹¹ FEITOSA, *Op. cit.*, p. 25.

nem no processo judicial nem na seara tributária (Tema 437, STF – “Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo”).

O poder de polícia é exercido por Conselhos de Fiscalização Profissional (CFP), autarquias federais dotadas de personalidade de Direito Público; entretanto, são “autarquias especiais” que não têm acesso à totalidade das prerrogativas fazendárias (“A jurisprudência deste Supremo Tribunal não reconhece a elas todos os consectários decorrentes da natureza jurídica autárquica”, consoante RE 938.837/SP). Daí que conselhos profissionais não se submetem ao regime de precatórios (Tema 877 – STF) nem gozam da isenção de preparo de recursos (Tema Repetitivo 625 – STJ).

A interpretação teleológica acarretou efeito colateral daninho, a saber, o casuísmo jurídico. Entretanto, desde que bem compreendida a *ratio* adotada por tribunais superiores, trata-se de abordagem condizente com as necessidades coletivas.

Torna-se irrelevante, para fins de pertencimento à Fazenda Pública, perquirir se a pessoa é de Direito Público ou de Direito Privado. Propõem-se três critérios que satisfazem a extensão das prerrogativas fazendárias ao ente que participa de processo judicial. É necessário investigar se i) exerce apenas atividade pública; ii) não tem fins lucrativos; iii) as consequências negativas da sucumbência recaem sobre orçamento alimentado pelo Erário.

Quando se fala em “atividade pública”, pretende-se aquela prestação ou até mesmo mercadoria que é atribuição estatal, ainda que haja similares no mercado. A ausência de fins lucrativos não significa, necessariamente, ausência de cobranças, mas sim reaplicação no objeto público. Por fim, em caso de prejuízo ou de sucumbência judicial, deve ser o Erário que suporta as consequências.

Esses três critérios são, do ponto de vista teleológico, superiores aos da ADPF 437. Se, a título de ilustração, fosse criada empresa pública estadual para prestação de educação superior, serviço gratuito e totalmente alimentado por orçamento do ente, não seria esta empresa estatal parte da Fazenda Pública apenas porque não monopoliza o ensino superior brasileiro? Ainda, os critérios explicam as discriminações especiais que os conselhos profissionais sofrem, pois, embora cobrem tributos (“contribuições de interesse das categorias profissionais”), o orçamento dessas autarquias especiais não é

alimentado por ente político federado, sendo certo que os próprios profissionais liberais votantes compõem a gestão, o que reduz o risco de agência. Não suficiente, no caso dos CFP, a fiscalização profissional, escopo dessas autarquias, é a única grande atividade desempenhada. Nisso, as consequências negativas de execução judicial desfavorável de grande valor não afetam prestações caras e relevantes, como as ligadas à saúde e à educação.

4 O CASO DA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES: DA GÊNESE AO FUNCIONAMENTO CONTEMPORÂNEO

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) é empresa pública unipessoal cujo capital social é integralmente pertencente à União Federal, nos termos da Lei 12.550 de 2011.

Suas finalidades estão arroladas no art. 3º do diploma mencionado:

[...] 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 [...]

Sendo que a prestação em saúde está exclusivamente vinculada ao Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 3º, §1º, Lei 12.550 de 2011). Ainda, o art. 8º, parágrafo único, afirma necessidade de reinvestimento de quaisquer eventuais lucros líquidos.

A gênese da EBSERH se explica pela necessidade de se parametrizar a administração e o atendimento em hospitais federais de média e de alta complexidade, assim como para garantir padrões de excelência em cursos universitários mormente voltados à assistência em saúde. Por fim, afirma-se a necessidade da EBSERH para racionalizar a contratação de pessoal e a administração de terceirizados¹².

¹² BORGES, Janiele Cristina *et al.* Empresarização da Saúde Pública: o Caso da EBSERH. In: RPCA, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 82, out./dez. 2018.

A concepção da empresa pública não veio desacompanhada de polêmicas. Propostas de emendas aditivas e modificativas ao PL 1.749/2011 por parte de Jô Moraes (PC do B/MG) e de Alice Portugal (PC do B/BA) revelavam receios em relação à autonomia universitária na condução dos hospitais federais. Embora os contratos mencionados no art. 6º, Lei 12.550 de 2011, devessem bastar para afastar preocupações, elas são úteis para clarificar que as atividades desempenhadas pela EBSEERH são indubitavelmente públicas. Afinal, se existe receio quanto à perda de autonomia autárquica na gestão educacional e na prestação de saúde, não há dúvidas quanto ao caráter público-administrativo das prestações.

Dessarte, não deveria haver resistência quanto ao pertencimento da EBSEERH à condição de Fazenda Pública, inclusive para fins processuais-judiciais. A EBSEERH preenche os critérios da ADPF 437, pois i) desempenha apenas atividade típica de Estado – prestação de serviços de saúde e de apoio à educação; ii) há dependência do orçamento federal; iii) não há fins lucrativos, pois reinveste-se o lucro líquido no objeto social; e iv) há exclusividade da prestação, pois apenas a EBSEERH pode firmar contratos com as instituições federais de ensino para consecução dos fins do art. 3º, Lei 12.550 de 2011.

Criticou-se anteriormente a exigência de “monopólio” ou “exclusividade”, mas, ainda que o critério se faça presente para concessão de prerrogativas fazendárias, nota-se que a EBSEERH o satisfaz. Não existe, dentro do espectro de pessoas públicas ou privadas, ente que possa pactuar, na seara federal, contratos nos termos do art. 6º, Lei 12.550 de 2011, especialmente tendo em conta o art. 5º, Lei 12.550 de 2011, quanto à dispensa de licitação.

E, ressalvado este critério, a EBSEERH satisfaz os três pressupostos apresentados neste trabalho, a saber, i) exerce apenas atividade pública; ii) não tem fins lucrativos e iii) tem prejuízos e dispêndios gerais suportados pelo Erário, consubstanciado em recursos da União Federal.

A opção legislativa pela empresa pública federal, pessoa jurídica de Direito Privado, pode ser explicada por fatores variados, como o processo de recrutamento de pessoal, a opção pelo regime celetista, a necessidade de não se sobrecarregar órgãos de representação judicial já existentes e a adoção de marcos normativos específicos para formulação de contratos. Nada que descaracterize o pertencimento à Fazenda Pública, cujas prerrogativas processuais são especialmente

úteis para a EBSEERH.

Como o escopo da EBSEERH está inserido no binômio saúde-educação, o ente sofre com o fenômeno da judicialização da saúde, direito constitucional:

A Constituição Federal de 1988 reconhece o direito à saúde como direito fundamental, sendo relevante afirmar que as normas que o garantem têm aplicação imediata, na forma do § 1º do art. 5º do texto constitucional. Positivada, constitucionalmente, a saúde passa a ser um bem jurídico tutelado pelo Estado. Assim, declarado o direito, este se estabelece, seja por meio de leis seja por meio de políticas públicas eficazes¹³

Direito que, no Judiciário, impactam orçamento público:

E as decisões judiciais nesses processos, devido à própria natureza do direito social à saúde, acabam por acarretar um inevitável impacto político, pois demandam prestações públicas que nem sempre se encontram disciplinadas em políticas públicas, e com tempos, gastos e procedimentos diferentes dos previstos administrativamente¹⁴

E ainda:

[...] a panaceia para a solução de todos os males da crise [...] estatal foi a judicialização de políticas públicas em que, no caso específico da saúde, cada demandante busca o seu tratamento individualizado ou remédio prescrito pelo seu médico particular, sem qualquer

¹³ OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al.* Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde. In: Escola Anna Nery, Rio de Janeiro, n. 23(2), p. 4, 2019.

¹⁴ MARQUES, Silvia Badim. Judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil. In: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia (orgs.). Estudos de Direito Sanitário: A Produção Normativa e Saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 143.

responsabilidade com a higidez do sistema¹⁵

Por consequência, a EBSERH faz jus a prerrogativas de Fazenda Pública, para que não tenha o orçamento dedicado a fins essenciais prejudicado por depósitos recursais, por sucumbências de grande cifra cujo pagamento deva ser imediato ou por penhora de bens que, finalmente, são públicos.

5 CONCLUSÃO

O conceito tradicional de Fazenda Pública tinha por mérito a simplicidade: se era sujeito de Direito Público, fazia parte da Fazenda Pública e, portanto, tinha à disposição diversas prerrogativas fazendárias, especialmente em processos judiciais.

Entretanto, opções políticas e legislativas realizadas pela Administração Pública complexificaram o estado de coisas, de sorte que a interpretação clássica ou gramatical dava azo a injustiças.

Por essa razão, doutrina e jurisprudência de tribunais superiores começaram a construir interpretação teleológica das normas de Fazenda Pública, o que estendeu prerrogativas a entes de Direito Privado. Deve ser o caso da EBSERH.

Neste trabalho, propuseram-se três critérios para se afirmar pertença à Fazenda Pública perscruta-se se o ente i) exerce apenas atividade pública; ii) não tem fins lucrativos; e se iii) as consequências negativas da sucumbência recaem sobre orçamento alimentado pelo Erário. Trata-se de releitura do que foi esposado na ADPF 437.

À guisa de conclusão, é digno de nota que a interpretação teleológica carrega, consigo, certos aspectos que merecem cautela. Até porque existe movimento jurisprudencial a favor do objetivo da norma, as prerrogativas fazendárias foram afastadas em casos de urgência e de indispensabilidade prestacional, como no REsp 1069810/RS, Tema Repetitivo 84-STJ, em que se firmou a tese segundo a qual “Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas

¹⁵ VIEIRA, Bruno. O Ônus da Prova no Tratamento Alternativo Fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS). In: ROSSATO, Luciano Alves (org.). Temas Atuais da Advocacia Pública. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 199.

eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio [...]).”

Logo, embora a interpretação teleológica mereça prevalência no que tange a conceituação e abrangência da Fazenda Pública, a adoção deste método interpretativo abre margem a certo casuísmo e a certa insegurança jurídica, que podem, entretanto, serem vencidos se adotados os corretos critérios para aferição das prerrogativas fazendárias.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. Disponível em: <https://encurtador.com.br/floV4>. Último acesso em 27.08.2023.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Fazenda Pública. In: BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coords.). Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. 2. ed. Tomo III. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; ROSSINI, Guilherme de Mello. Uma Proposta de (Re)Leitura da Noção de Interesse Público: Os Privilégios Implícitos da Fazenda Pública em Xequê. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 69, pp. 657-686, jul./dez. 2016.

BORGES, Janiele Cristina *et al.* Empresarização da Saúde Pública: o Caso da EBSEH. In: RPCA, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, pp. 75-90, out./dez. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

EISENHARDT, Kathleen. Agency Theory: An Assessment and Review. In: The Academy of Management Review, New York, v. 14, n. 1, pp. 57-74, jan. 1989,

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FEITOSA, Rogério Augusto Boger. A Fazenda Pública no Ordenamento Brasileiro. In: ROSSATO, Luciano Alves (org.). Temas Atuais da Advocacia Pública. Salvador: JusPodivm, 2015. pp. 21-39.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil. In: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia (orgs.). Estudos de Direito Sanitário: A Produção Normativa e Saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. pp. 143-156.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al.* Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde. In: Escola Anna Nery, Rio de Janeiro, n. 23(2), pp. 1-8, 2019.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Vieira Cortez. Fazenda Pública e Execução. Salvador: JusPodivm, 2018.

QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 2015. In: R. Proc. Geral Est. São Paulo, São Paulo, n. 82, pp. 213-228, jul./dez. 2015.

ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia (orgs.). Estudos de Direito Sanitário: A Produção Normativa e Saúde. Brasília: Senado Federal, 2011.

ROSSATO, Luciano Alves (org.). Temas Atuais da Advocacia Pública. Salvador: JusPodivm, 2015.

VIEIRA, Bruno. O Ônus da Prova no Tratamento Alternativo Fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS). In: ROSSATO, Luciano Alves (org.). Temas Atuais da Advocacia Pública. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 199-205.