ENSINO, PESQUISA, INOVAÇÃO E SAÚDE:

DESAFIOS JURÍDICOS DA EBSERH

Revista Jurídica da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares

Vol. 1 n.º 1
jun. 2024

SUS EBSERH
HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS

SOBRE

A Revista Jurídica da Ebserh é um projeto da Consultoria Jurídica que visa estimular a produção científica, o debate e o aprofundamento de temas jurídicos de interesse da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), por meio da busca por manuscritos inovadores e de potencial impacto acadêmico e/ou institucional, com vistas a fortalecer a cultura editorial, promover a memória institucional e difundir conhecimentos e práticas no campo do Direito Sanitário em toda sua amplitude.

Para mais informações acesse a página da Revista pelo *QR code* abaixo:

ENSINO, PESQUISA, INOVAÇÃO E SAÚDE:

DESAFIOS JURÍDICOS DA EBSERH

Revista Jurídica da Empresa Brasileira de Serviço Hospitalares

Vol. 1 n.º 1
jun. 2024

SUS EBSERH HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS

Revista Jurídica da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares
Publicação semestral da Consultoria Jurídica
Vol. 1, n.º 1, jun. 2024

Setor Comercial Sul - SCS, Quadra 09, Lote C, Ed. Parque Cidade Corporate, Bloco C, 1º ao 3º pavimento | CEP: 70308-200 | Brasília-DF | Telefone: (61) 3255-8900 | Site: www.ebserh.gov.br

Copyright ©, Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares

ARTHUR CHIORO
Presidente
DANIEL BELTRAMMI
Vice-Presidente
THIAGO LOPES CARDOSO CAMPOS
Consultor Jurídico

Diagramação, criação visual e capa: Comissão Editorial e Coordenadoria de Comunicação Social da Ebserh

---

Catalogação na Publicação elaborada por:
Luciana da Cunha Freitas – CRB 1ª/1596

Revista Jurídica da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares [recurso eletrônico]. Ensino, Pesquisa, Inovação e Saúde: Desafios Jurídicos da Ebserh / Consultoria Jurídica da Ebserh. vol. 1, n.º 1 (jun. 2024) - Brasília: Conjur, 2024-.

Semestral, 2024-.
Disponível em: < https://www.gov.br/ebserh/pt-br/ensino-e-pesquisa/revista-juridica-da-ebserh>.

1. Direito Público. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Sanitário. I. Consultoria Jurídica da Ebserh (Brasil).

CDD: 341
CDU: 342

COMISSÃO EDITORIAL

Thiago Lopes Cardoso Campos (Presidente)
Cristine Heloisa de Miranda
Larissa Lôbo Ramos
Leticia Horbach Gonçalves
Marcela Jácome Lopes Boaz
Pollyana da Silva Alcântara

Antonio Rodrigo Machado de Sousa
Advogado. Mestre em Direito Administrativo. Doutorando em Direito Constitucional. Professor de Direito Administrativo do IDP. Vice-presidente do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal. Membro do IDASAN.

Camila Reinbold Rezende
Fisioterapeuta do HUPES-UFBA. Mestra em Família na Sociedade Contemporânea e Pós-graduada em Gerontologia (UCSAL). Pós-graduada em Direito Médico e Bioética (Faculdade Baiana de Direito).

Camila Vasconcelos de Oliveira
Advogada. Pós-Doutora em Direito (FDV). Doutora e Mestre em Bioética (UNB e UCP, Portugal). Professora Associada da Faculdade de Medicina da Bahia da UFBA.

Caroline Rabelo Carvalho
Mestrado em Educação (UECE). Pós-graduação em Legislação Social e Políticas Públicas (Faculdade RATIO/PÓTERE SOCIAL). Graduação em Serviço Social (UECE). Assistente Social do CHU-UFPA.

Emanuel Carvalho Lima
Advogado atuante na área do Direito Público. Consultor da FIOTEC no Ministério da Saúde. Mestre em Administração Pública pela EBAPE/FGV. Especialista em Direito e Saúde pelo UniCEUB.

Helder Sebastião Santos
Advogado. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá e Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos. Secretário Municipal de Administração do Município de Pedro Leopoldo/MG.

PARECERISTAS

PARECERISTAS

Isabel Cristina Sabatini Perez Ramos
Graduada em Fonoaudiologia, Mestre e Doutora em Neurociências pela FMRP-USP. É tutora e preceptora no programa de residência multiprofissional em saúde do adulto e idoso HU-UFS.

Joana de Moraes Souza Machado
Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora efetiva da Universidade Federal do Piauí. Chefe da Divisão de Gestão de Pessoas do HU-UFPI.

Joana Rocha e Rocha
Mestra em Saúde Coletiva (UEFS). MBA Executivo em Administração: Gestão de Saúde (FGV-RJ/IBEN), Especialização em Direito Médico (UNIASSELVI) e Especialização em Saúde da Família com ênfase na coordenação e gerenciamento de processos de trabalho (UFBA). Graduada em Direito (UESB). Advogada com atuação no ramo do direito da saúde, biodireito e sanitário e médico-hospitalar empresarial.

José Davi Cavalcante Moreira
Advogado de empresa estatal, Especialista em Direito Corporativo e Governança Empresarial pelo IDP, Mestre em Direito Constitucional pela UFC, Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP.

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha
Mestra em Direito Constitucional pela Uff. Mestra em Cartografia Social e Política da Amazônia pela Uema. Editora-assistente da Revista Culturas Jurídicas vinculada ao PPGDC/Uff. Professora do Iesf e Iema. Advogada.

Leonardo Saboia Paz
Enfermeiro da Ebserh. Doutorando em Cuidados Clínicos em Enfermagem e Saúde e Mestre em Ensino na Saúde (UECE). Detentor de especialidades nas áreas da educação, saúde e tecnologias.

Lyon Richardson da Silva Nascimento
Graduado em Enfermagem. Especializado em Docência, Cardiologia e Economia da Saúde. Mestre em Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS). Atuação em contratos de Pesquisa Clínica, ATS e Enfermagem.

Marilene de Sousa Oliveira
Enfermeira (Auditoria e Pesquisa), Mestra, MBA Auditoria Serviços de Saúde, Especialista em Gestão de Emergências em Saúde Pública e Gestão Redes de Atenção à Saúde. Chefe da Unidade de Patrimônio HU-UFPI.

Orozimbo Henriques Campos Neto
Farmacêutico, Mestre e Doutor em Saúde Pública pela UFMG, gestor de saúde com experiência no SUS, docente em cursos de Graduação e Pós-Graduação na área da saúde.

Pablo Domingues Ferreira de Castro
Graduado em Direito pela Universidade Salvador. Pós-graduado em Direito Civil pela UFBA e em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Público pela UFBA. Doutor em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Pós-doutorando pela faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Advogado.

Renato de Souza Marques Craveiro
Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Processo Civil e em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Assessor no MPSP.

Tiago Lopes Coelho
Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Mestre e Doutor em Saúde Pública pela UFMG.

PARECERISTAS

SUMÁRIO

13 Prefácio

15 Apresentação

19 Artigos de autores convidados

21 Advocacia Pública em Saúde: O impacto da criação da Ebserh no campo do Direito Sanitário
Thiago Lopes Cardoso Campos

47 A efetiva atuação da Ebserh em ações e serviços públicos de saúde no Brasil
Pollyana da Silva Alcântara
Bruna Letícia Teixeira Ibiapina Chaves
Larissa Lobo Ramos

73 Evolução da força de trabalho da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares: Um olhar sobre a concessão do adicional de insalubridade
Luciana de Gouvêa Viana
Ulisses Carlos Silva Ferreira
Aline Machado Lourenço
Marina Curi

85 Evolução da governança corporativa da Ebserh a partir dos seus diplomas legislativos e estatutários
Karen Tiemi Ueda
Silvana Souza da Silva Pereira

107 Impressões sobre o processo histórico de criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares
Valéria Alpino Bigonha Salgado

119 Pesquisa Clínica na Rede Ebserh: Evolução normativa e papel estratégico
Leticia Horbach Gonçalves
Cristine Heloisa de Miranda
Marcela Jacome Lopes Boaz

SUMÁRIO

159 Artigos selecionados

161 A evolução e os desafios da aplicação da oportunidade de negócio na Ebserh
Vitor Humberto Sampaio Netto
Livia de Moura Monteiro Rocha
Michel Pinheiro Gomes

191 A judicialização da saúde e os precedentes do STF
Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo

205 A utilização do sistema de registro de preços pelas empresas estatais federais: Medidas a serem implementadas antes da edição de regulamentação específica
Cláudio Maldaner Bulawski
Matheus Viana Ferreira

235 A viabilidade da Ebserh sob a ótica do poder judiciário: Uma análise das ações judiciais que discutem a contratação da estatal pelas universidades federais
Bruna Letícia Teixeira Ibiapina Chaves
Rayanna Silva Carvalho

263 Aplicação do regime de precatório à Ebserh: Análise da reclamação como instrumento jurídico
Bruna Luísa Soares Alves Menezes
Everton Juliano da Silva
Márcio Moreira Leal

285 As estratégias da Ebserh para otimizar o tempo dos processos administrativos através do uso das ferramentas SEI e Parecer Referencial jurídico nos processos licitatórios na filial HU-UFS/Ebserh
Priscila Jesus Mendonça

301 Direito de escolha ou dever de curar? Uma análise jurídica da recusa terapêutica e da objeção de consciência médica no contexto brasileiro
Lígia Queiroz Freitas Franzão

325 Judicialização da saúde no Brasil: Os impactos para o Sistema Único de Saúde (SUS)
Débora Napoleão de Sena

347 O conceito de Fazenda Pública e a Ebserh: Interpretação teleológica
Vinicius Hsu Cleto
Caroline Aguida Fiori Hsu Cleto

363 O processo histórico de criação da filial Ebserh HU-UFGD: Um olhar retrospectivo das ações desta filial acerca do atendimento de pacientes indígenas, como instrumento de inspiração e aprendizado para futuras iniciativas institucionais que considerem as características próprias da localidade
Mara Silvia Zimmermann
Luciana Comunian

381 Reflexões sobre a coisa julgada em face das prerrogativas de Fazenda Pública concedidas à Ebserh por recente decisão do Plenário do Tribunal Superior do Trabalho
Leandro Weder da Silva Marra
Bruno Wurmbauer Junior
João Aureliano Dias Filho

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Prezadas leitoras e prezados leitores,

É com imensa satisfação que inauguro este primeiro número da Revista Jurídica da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), um marco na história da nossa instituição e uma contribuição significativa da Empresa para o campo do Direito Sanitário.

O tema central deste número, "O processo histórico de criação da Ebserh: motivações e estratégias", oferece uma perspectiva importante sobre os fundamentos e a evolução da Ebserh.

A criação da Ebserh em 2011 marcou o início de uma jornada dedicada à excelência em saúde, ensino, pesquisa e inovação. Deste então, a Empresa tem se firmado como um pilar na expansão e gestão dos hospitais universitários federais, crescendo de 22 unidades em 2013 para 41 hospitais em 2024, espalhados por 24 unidades da federação, prestando serviços de saúde de alta qualidade e formando profissionais capacitados.

A atuação da Ebserh, bem como a publicação desta Revista, reflete valores da Empresa de ética, integridade e transparência; universalidade, integralidade e fortalecimento do SUS; promoção da equidade, respeito à diversidade e aos direitos humanos; ensino, pesquisa e inovação comprometidos com as necessidades do país; e valorização do papel social do trabalho em saúde e dos trabalhadores.

As páginas a seguir apresentam análises e debates enriquecedores, que certamente contribuirão de maneira única para o cumprimento do propósito da Ebserh: “Saúde,

ensino, pesquisa e inovação a serviço da vida e do SUS".

Agradeço aos autores e autoras pelos artigos valorosos, e aos pareceristas e à equipe editorial pelo esforço dedicado para tornar esta publicação possível. O trabalho de todos vocês é essencial para o enriquecimento do debate acadêmico e para uma compreensão mais ampla das questões abordadas.

Convido vocês, leitoras e leitores, a se aprofundarem nos artigos deste número, enriquecendo os debates que emergem dessas leituras.

Tenho convicção de que esta publicação será uma fonte disseminadora de conhecimento valioso, promovendo discussões críticas vitais para a Ebserh e o SUS.

Juntos, continuaremos a fortalecer a Ebserh e sua contribuição inestimável para um SUS cada vez mais equitativo e eficiente.

Arthur Chioro
Presidente da Ebserh

APRESENTAÇÃO

Bem-vindas e bem-vindos ao primeiro número da Revista Jurídica da Ebserh,

Esta é uma produção científica dedicada ao fomento do diálogo crítico e à reflexão sobre as práticas dos trabalhadores da Ebserh no campo do Direito Sanitário. Esta iniciativa da Consultoria Jurídica reflete nosso compromisso em contribuir para a compreensão e a evolução das políticas de saúde no Brasil, especialmente nas áreas que intersectam as atividades da Ebserh: a assistência à saúde, o ensino, a pesquisa e a inovação.

Dedicamos este primeiro número ao tema "O processo histórico de criação da Ebserh: motivações e estratégias", buscando explorar as origens da Ebserh e suas implicações práticas e teóricas no contexto atual do Direito Sanitário brasileiro.

Com o objetivo de apresentar um panorama abrangente dos desafios, conquistas e progressos da Ebserh desde sua criação, esta publicação busca fomentar o debate acadêmico, aprofundar a compreensão acerca da trajetória dos trabalhadores e destacar a importância da Ebserh no cenário nacional de saúde e educação, buscando descortinar o véu da invisibilidade que teima em pairar sobre esta grandiosa estatal.

Os artigos selecionados para esta edição cobrem uma gama variada de tópicos essenciais para a Ebserh, desde a judicialização da saúde até aspectos da gestão de recursos humanos, passando ainda pela evolução da força de trabalho, governança corporativa, até a pesquisa clínica e as estratégias para otimização dos processos

administrativos; todos produzidos através de uma lente jurídica crítica e instigante de quem atua no cotidiano da maior rede de hospitais públicos do país.

Estes textos são fruto de importantes reflexões sobre as práticas, produzidos por quem é sujeito ativo do processo de construção dessa empresa estatal inovadora, desafiante e imprescindível para a formação de trabalhadores do SUS, para o SUS e no SUS.

Destacamos também, nesta edição, análises sobre a importância da produção técnica-jurídica da Ebserh para o desenvolvimento do campo do Direito Sanitário, evidenciando como a advocacia pública em saúde tem sido fundamental para construção e fortalecimento do (nem mais tão novel) campo epistêmico.

Chama ainda atenção os artigos que trazem análises críticas sobre temas relevantíssimos e atuais, como a recusa terapêutica, a objeção de consciência médica e a insalubridade em ambiente hospitalar.

Como Consultor Jurídico da Ebserh e editor desta edição, tenho a satisfação de apresentar um compêndio que transcende a mera informação. Inspirado pelos ensinamentos de Paulo Freire, o patrono da educação brasileira, este trabalho visa fomentar uma práxis reflexiva que transforma teoria em ação, moldando a realidade e contribuindo para a construção da nossa história.

O processo de criação desta revista foi, sem dúvida, desafiador, mas o produto final é um testemunho vibrante de nossa dedicação à melhoria contínua do SUS e à proteção do direito à saúde em nosso país.

Enfrentamos muitos desafios durante o processo de criação desta Revista, mas o resultado é um testemunho da nossa paixão pela Ebserh e pelo Sistema Único de Saúde, a mais importante política pública construída pelo povo brasileiro.

Convidamos os leitores a explorarem a Revista, com todos os artigos acessíveis em nosso site e protegidos sob direitos autorais. Para futuras submissões ou mais informações, as diretrizes também estão disponíveis no site.

Este número marca um importante passo para a Ebserh e para todos comprometidos com o avanço do Direito Sanitário brasileiro. Esperamos que inspire novas discussões, pesquisas e avanços significativos em nosso campo.

Thiago Lopes Cardoso Campos
Consultor Jurídico da Ebserh

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

ADVOCACIA PÚBLICA EM SAÚDE: O IMPACTO DA CRIAÇÃO DA EBSERH NO CAMPO DO DIREITO SANITÁRIO

PUBLIC ADVOCACY ON HEALTH: THE IMPACT OF THE CREATION OF EBSERH ON HEALTH LAW

Thiago Lopes Cardoso Campos[1]

Resumo
Este artigo analisa a formação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) e sua influência no fortalecimento do direito sanitário no Brasil. Através de um estudo que considera a criação da Ebserh e o desenvolvimento subsequente do seu corpo técnico-jurídico, é possível observar o impacto desta na integração dos hospitais universitários ao Sistema Único de Saúde (SUS). A criação da Ebserh, que se tornou a maior rede de hospitais universitários do país, destacou a necessidade de uma advocacia pública efetiva que garanta a promoção e proteção do direito à saúde. Este estudo conclui que a atuação da advocacia pública na Ebserh em diversas áreas do direito relacionadas à saúde é fundamental para a solidificação do direito sanitário como um campo jurídico essencial e para o desenvolvimento efetivo de políticas de saúde no Brasil.
Palavras-chave: Direito Sanitário. Advocacia Pública. Ebserh. Sistema Único de Saúde.

Abstract
This article examines the establishment of the Brazilian Hospital Services Company (Ebserh) and its impact on strengthening health law in Brazil. The study focuses on the analysis of Ebserh's creation and the subsequent development of its legal-technical body, assessing its impact on the integration of university hospitals into the Unified Health System (SUS). The establishment of Ebserh as the largest network of university hospitals in the country underscored the need for effective public advocacy to ensure the promotion and protection of the right to

[1] Advogado sanitarista, especialista em direito sanitário pelo IDISA-Sírio Libanês e mestrando em Saúde Coletiva na Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA e Consultor Jurídico da Ebserh. E-mail: tlccampos2@gmail.com.

health. The study concludes that the work of public advocacy at Ebserh across various legal areas related to health is crucial for the solidification of health law as an essential legal field and for the effective development of health policies in Brazil.
Keywords: Health Law. Public Advocacy. Ebserh. Unified Health System.

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento da saúde como direito no Brasil se deu tardiamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais de quarenta anos após organismos internacionais[1] e diversos países[2] terem incluído nos sistemas constitucionais o direito à saúde, especialmente após o reconhecimento internacional da necessária proteção aos direitos humanos no pós-guerra. O reconhecimento no Brasil se deve em grande medida à atuação do movimento pela Reforma Sanitária e sua mais visível e potente atuação durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, juntamente com a luta pela redemocratização do país.

O Brasil incorporou em sua Constituição o conceito ampliado de saúde que, nos termos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[3] prevê, quanto ao direito à saúde, que os Estados "reconheçam o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental", e determina que "toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social".

[1] Carta das Nações Unidas (1945); Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

[2] Entre eles o Reino Unido, a Albânia, Costa Rica, Quênia e Noruega. O Conselho de Economia da Saúde para Todos da OMS constatou que pelo menos 140 países reconhecem a saúde como um direito humano em suas constituições. No entanto, os países não estão conseguindo aprovar e implementar leis para garantir que suas populações tenham o direito de acessar os serviços de saúde.

3 O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que foi adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), em 19 de dezembro de 1966 (Brasil, 1992), e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988 (Brasil, 1999).

Nesse sentido, com a Constituição Federal de 1988 o Estado brasileiro passou a reconhecer o direito à saúde como um direito humano social fundamental, inscrevendo-o no título sobre direitos e garantias fundamentais. Normativamente, portanto, o direito à saúde restou atrelo ao direito à vida (art. 5º, capítulo I: dos direitos e deveres individuais e coletivos), e reconhecido como um direito social (art. 6º, capítulo II: dos direitos sociais), implicando o direito a prestações – direito positivo; e o direito de defesa contra algo ou alguém que provoque prejuízos à saúde – direito negativo (Sarlet e Figueiredo, 2010).

Ao incorporar o conceito ampliado de saúde[4], preconizado inicialmente pela Organização Mundial de Saúde já em sua criação em 1946, que objetivava uma conceituação sobre a saúde que fosse abrangente às mais variadas condições entre os diferentes grupamentos humanos, já que esse organismo internacional busca medidas que guardem certa ubiquidade e equanimidade entre os povos (Neves, 2011, p. 23 e 29), o Brasil aliou-se aos demais países que reconhecem que "saúde não era apenas ausência de doença".

Não à toa, a previsão normativa constante no art. 196 da CF/1988 estabelece 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" (Brasil, 1988).

A garantia do direito à saúde impõe, portanto, nos termos da própria Constituição, uma atuação estatal ativa, por meio da implementação de políticas públicas, sociais e econômicas, que tenham como objetivo primeiro evitar os riscos de adoecimento da população, expressamente indicando o foco de sua atuação na vigilância em saúde, com atuação sobre as causas que determinam e podem impactar no adoecimento físico, mental e social da população.

Ocorre que, não obstante a constitucionalização do direito à saúde no Brasil, não se verificou um igual avanço de discussões teórico-jurídicas acerca do direito sanitário. A tentativa de poucos doutrinadores no início dos anos 90 de constituir um campo de estudo

[4] O conceito de Saúde da OMS diz que: "Saúde é um completo estado de bem-estar físico, mental e social e não meramente ausência de doença ou enfermidade" (World Health Organization, 1946-48, p.1).

de uma nova disciplina jurídica foi encorpada, ainda que de modo enviesado, pelas discussões travadas no âmbito do Poder Judiciário, decorrentes da busca de tutela jurisdicional de prestações individuais de saúde que deram origem ao que hoje denominamos de fenômeno da judicialização da saúde.

Apesar da otimista previsão feita por DALLARI[5], o direito sanitário não se concretizou nos anos pós Constituição em uma nova e pujante disciplina, não tendo se constituído em um campo em que as instituições de ensino que formam algum tipo de profissional para a área da saúde ou do direito tenham assumido a responsabilidade de contribuir para o preparo adequado de profissional competente para atuar no campo do Direito Sanitário.

Importante registrar o esforço de AITH[6] ao edificar e sistematizar, sob a orientação da professora Sueli Gandolfi Dallari, tese de doutoramento em saúde pública da Universidade de São Paulo, uma teoria geral do Direito Sanitário Brasileiro.

No campo da formação, poucas são as iniciativas de grupos, entidades e centros de pesquisa, que, por meio de cursos de especialização *lato sensu* e outras propostas de formação, construíram percursos formativos em Direito Sanitário, a exemplo do Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz – PRODISA-Fiocruz, do Centro de Pesquisas em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo - CEPEDISA e do Instituto de Direito Sanitário Aplicado - IDISA.

Mesmo sem avançar na construção de um campo epistêmico e uma disciplina cientifica formal, que esteja presente em diretrizes curriculares do direito e da saúde, é inegável que muito tem sido produzido a partir da construção e reflexão acerca das experiências e trajetórias de profissionais que atuam com o tema da saúde e do direito sanitário, mesmo que em grande medida restrito ao tema da judicialização da saúde.

É nesse sentido que o presente artigo pretende avaliar as experiências dos profissionais atuantes no departamento jurídico da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares e suas possíveis

[5] DALLARI, S.G. Uma nova disciplina: o direito sanitário. Rev. Saúde públ., S. Paulo, 22:327-34, 1988.

[6] AITH, Fernando Mussa Abujamra. Teoria geral do direito sanitário brasileiro. 2006. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/T.6.2006.tde-23102006-144712. Acesso em: 2024-04-14.

contribuições para a formação do campo do Direito Sanitário.

2 A EXPERIÊNCIA E A REFLEXÃO SOBRE ESTAS COMO ELEMENTO DE CONSTRUÇÃO E FORTALECIMENTO DO DIREITO SANITÁRIO

A experiência singulariza o sujeito do processo e evidencia relações e cotidianos, considerando aspectos sociais, econômicos, culturais e tecnológicos, o que permite fortalecer pesquisas e metodologias sobre formação cada vez mais atentas à trajetória de experiências (DA PALMA; MAKNAMARA, 2019).

Bondía propõe uma visão da educação que valoriza profundamente a experiência e o sentido, sugerindo que ao invés de nos concentrarmos exclusivamente nas aplicações tecnológicas ou teóricas, devemos abraçar a educação como um processo repleto de vivências significativas e transformadoras (BONDÍA, 2002).

Paulo Freire, através de sua perspectiva dialógica, convida-nos a uma reflexão crítica sobre a prática pedagógica, enfatizando a experiência como um ponto de partida essencial. Ele considera a práxis – definida como uma ação que é um fim em si mesma e que não cria ou produz um objeto alheio ao agente – como a fundação sobre a qual a experiência é construída (VÁSQUEZ, 2007).

A experiência aqui concebida exige a ação de pensar, pressupõe um sujeito cognoscitivo, a articular a realização da ação ao conhecimento. A construção da experiência exige, portanto, uma atividade cognoscitiva indissociável do conhecimento.

Fortalecemos a ideia de que a experiência, concebida como atividade prática, concebida como práxis, não está esvaziada das dimensões elaboradas e reflexivas que demandam o pensar e o conhecer. Ao contrário, a experiência resulta de ações do sujeito sobre o objeto, que requer conhecimentos teóricos e práticos para sua realização.

O sujeito da experiência, ao agir, conhece a si mesmo, se transforma, bem como transforma a realidade e a conhece cada vez mais. “O homem age conhecendo, da mesma maneira que se conhece, agindo. O conhecimento humano em seu conjunto integra-se na dupla e infinita tarefa do homem de transformar a natureza exterior, e sua própria natureza” (VÁSQUEZ, 2007, p. 224).

Neste contexto, a experiência, mesmo dissociada de um

processo formal de educação, entendida como um processo ativo de conhecer e agir, contribui para o desenvolvimento de campos epistêmicos, pois impõe reflexões sobre e com o objeto de sua atuação. Não é, portanto, um mero acúmulo de fatos ou uma atividade passiva, mas sim uma interação dinâmica com a realidade que molda e é moldada pelo profissional durante a sua prática em ambientes em que as discussões do direito à saúde em suas diferentes acepções ocorrem.

Quando a experiência é sentida e aplicada com a intenção de alcançar um fim, que pode ser a construção de uma solução para um problema jurídico-normativo ou a atuação com foco do aperfeiçoamento da oferta de ações e serviços de saúde, constitui-se como conhecimento adquirido que refletido pode alterar práticas e produzir aprendizados duradouros.

É nesse sentido que se reconhece a aprendizagem informal no local de trabalho, quando reflexiva e refletida, como fundamental para a prática e para o desenvolvimento do Direito Sanitário. Assim é que Eraut destaca que "a maior parte da aprendizagem no local de trabalho é informal, ocorrendo por meio de interações com outros e experiências pessoais" (ERAUT, 2004, p. 249). Essa observação ressalta como advogados e outros profissionais da saúde aprendem e constroem o direito sanitário continuamente através de suas atividades cotidianas, nem sempre por meio de uma estrutura formal de ensino, mas mediante reflexões sobre sua própria prática.

Além disso, Eraut propõe que a aprendizagem se dá em um contexto de desafios práticos, onde "o conhecimento tácito adquirido através da experiência é frequentemente mais relevante para enfrentar situações complexas do que o conhecimento formal" (ERAUT, 2004, p. 251). No Direito Sanitário, isso significa que os profissionais desenvolvem uma compreensão intuitiva das normas e práticas legais à medida que lidam com casos reais, o que enriquece sua capacidade de aplicar teoria à prática de maneira eficaz e sensível ao contexto.

Eraut também aborda o papel dos desafios e suporte no ambiente de trabalho na facilitação da aprendizagem. Ele sugere que "a aprendizagem é influenciada pelo tipo de trabalho, os desafios enfrentados e o apoio disponível para enfrentar esses desafios" (ERAUT, 2004, p. 250). Para profissionais que atuam no campo do direito sanitário, isso pode incluir o acesso a mentores ou colegas mais experientes que possam fornecer orientação e feedback, elementos cruciais para a compreensão e aplicação eficaz das leis de saúde.

Finalmente, a discussão de Eraut sobre a integração do aprendizado com a prática profissional realça a necessidade de reflexão e adaptação contínua. Ele afirma que "o ambiente de trabalho oferece um rico terreno para a aprendizagem, embora frequentemente subutilizado" (ERAUT, 2004, p. 252). No contexto do Direito Sanitário, isso implica em uma constante avaliação das práticas atuais e adaptação às novas regulamentações e condições de saúde, usando o aprendizado informal como um guia para a inovação prática e teórica.

Portanto, a experiência dos profissionais de direito sanitário não é apenas a aplicação de leis ou procedimentos; é uma interação contínua e reflexiva com o complexo tecido da saúde pública, dos direitos individuais e coletivos e com os desafios sociais que perpassam a construção jurídico-normativo do direito à saúde.

Os resultados dessas interações não são apenas teóricos; eles se manifestam na capacidade de transformar práticas, influenciar políticas de saúde pública, aperfeiçoar mecanismos de prestação de serviços de saúde e contribuir para a evolução do Direito Sanitário. A dialógica freiriana ressalta que o diálogo crítico e consciente, uma prática reflexiva sobre a experiência, fortalece o desenvolvimento de um profissional jurídico não só capacitado tecnicamente, mas profundamente engajado com as implicações éticas e sociais de seu trabalho.

Em resumo, a experiência no Direito Sanitário, vista através das lentes de teóricos como Bondía, Freire e Eraut, é uma práxis viva que continuamente forma, informa e transforma tanto os profissionais quanto o campo em que atuam. Este processo não apenas desenvolve competências técnicas, mas também fomenta um profundo senso de responsabilidade social e compromisso com a melhoria contínua da gestão e das práticas de saúde, alinhadas com as diretrizes constitucionalmente definidas para a garantia do direito à saúde em nosso país.

3 O DIREITO SANITÁRIO E A ADVOCACIA PÚBLICA EM SAÚDE

O direito sanitário no Brasil foi significativamente moldado pelo reconhecimento constitucional da saúde como direito e a institucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS) através da Lei Orgânica da Saúde (LOS, Lei n° 8.080/1990), que delineou a estrutura

organizacional e funcional do sistema de saúde, promovendo uma integração interfederativa essencial para sua efetividade (BRASIL, 1990).

O desenvolvimento do direito sanitário no Brasil foi menos influenciado por uma teoria jurídica estruturada e mais pelas demandas práticas e desafios enfrentados na implementação e na gestão do SUS. A necessidade de uma compreensão aprofundada e regulamentação eficaz tornou-se evidente diante das complexidades administrativas e das diversas interpretações jurídicas do direito à saúde (Dallari, 1988).

O direito sanitário, portanto, compreende uma série de normativas que vão além da mera regulamentação da prática médica e se estendem para a governança, a política e a ética médica. A interação entre os campos do direito e da saúde pública exige profissionais que não apenas entendam as leis, mas que também participem ativamente da formulação e da implementação de políticas de saúde que atendam às necessidades dinâmicas da população (Dallari, 1988).

Para AITH, o Direito Sanitário representa o conjunto de princípios e regras que, transformados em normas jurídicas, regulam a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da saúde pública. É, portanto, nos dizeres do renomado professor "o ramo do Direito que disciplina as ações e serviços de interesse da saúde".

Segundo DALLARI, o direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito à saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm como objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: público e privado.

O aumento das demandas judiciais na saúde, especialmente a partir de 2003, colocou o direito sanitário em destaque no Brasil. A judicialização da saúde, conforme descreve SANTOS, tornou-se um ponto crítico nas discussões sobre o direito à saúde no país, evidenciando a falta de uma base teórica sólida que acompanhasse esse movimento judicial (Santos, 2016).

Santos (2016) argumenta que o ativismo judicial, embora necessário em muitos casos, pode ter prejudicado a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS). As decisões judiciais frequentemente individuais e sem uma uniformidade prejudicaram a estruturação de conceitos jurídico-sanitários que poderiam orientar de

forma mais eficaz a aplicação do direito à saúde (Santos, 2016).

A judicialização extensiva também reflete as inadequações operacionais do direito sanitário no Brasil, destacando a necessidade de uma teoria jurídica conceitual que estabeleça parâmetros claros para a implementação do direito à saúde. Santos (2016) destaca que a falta de formação em direito sanitário entre os operadores do direito e a ausência de varas especializadas contribuem para a continuação dessa intensa judicialização (Santos, 2016).

Nesse sentido, a prática da advocacia em saúde se tornou essencial, atuando muitas vezes de forma urgente para responder a demandas judiciais, predominantemente através de tutelas de urgência. Esta necessidade urgente de resposta muitas vezes arrefeceu a discussão teórica e normativa mais profunda, limitando o desenvolvimento de uma teoria geral do direito sanitário mais robusta e a sistematização normativa que a acompanha (Santos, 2016).

A advocacia pública em saúde assume papel destacado nesse contexto, trabalhando na defesa da estrutura e do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), além de garantir a integral observância dos princípios e das diretrizes organizativas. A atuação destes profissionais é decisiva para assegurar que a administração do sistema de saúde respeite os preceitos legais e constitucionais, facilitando o acesso universal aos serviços de saúde e contribuindo significativamente para a saúde pública (Dallari, 1996).

A advocacia em saúde também inclui a promoção da participação social e a educação em saúde, aspectos fundamentais para fortalecer a democracia e a cidadania ativa. Essa forma de advocacia transcende a representação legal e se estende à influência sobre políticas públicas, visando assegurar a equidade no acesso à saúde e na distribuição de recursos de saúde (Dallari, 1996).

Ainda de acordo com DALLARI, a advocacia em saúde no Brasil contemporâneo é definida pela necessidade de superar obstáculos institucionais e promover uma participação mais efetiva da sociedade no processo de decisão sobre políticas de saúde. A prática da advocacia em saúde envolve a identificação de demandas sociais e a formulação de estratégias para a sua superação, tendo a universidade um papel vital na pesquisa e no ensino dessa disciplina.

Os advogados públicos especializados em saúde trabalham na defesa do SUS, enfrentando desafios jurídicos e administrativos para garantir que o sistema funcione de maneira eficaz e conforme a

legislação vigente. Eles desempenham um papel fundamental na interpretação das leis de saúde pública, ajudando a moldar as políticas de saúde de maneira que estas se alinhem com a necessidade de efetivação dos direitos constitucionais dos cidadãos, com a observância dos princípios e diretrizes do SUS.

A participação da advocacia em saúde nas decisões políticas é crucial para garantir que as políticas de saúde pública sejam implementadas de forma justa e eficiente. Esta prática não apenas defende os direitos estabelecidos, mas também promove novos direitos e garantias no campo da saúde, contribuindo para uma sociedade onde o direito à saúde é verdadeiramente universal e equitativo.

Em resumo, a advocacia em saúde, especialmente a pública, é um elemento transformador na saúde pública brasileira. Ela não só garante a defesa e a promoção do direito à saúde como também influencia ativamente a formulação e implementação de políticas de saúde que visam atender de maneira eficaz e equitativa às necessidades da população.

4 A FORMULAÇÃO DO MODELO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DA EBSERH À LUZ DO DIREITO SANITÁRIO E DA GESTÃO PÚBLICA

A criação pelo Poder Executivo da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - Ebserh foi autorizada por meio da Medida Provisória n.º 520, de 31 de dezembro de 2010, convertida na Lei n.º 12.550/2011, tendo sido constituída no modelo jurídico de empresa pública e tendo como 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".

A Ebserh é um marco histórico na gestão pública brasileira, tendo sua constituição sido formulada como medida para o enfrentamento dos problemas crônicos de gestão que os hospitais universitários federais vivenciavam ao longo de décadas: as ineficiências operacionais e práticas irregulares na administração de recursos. Essas práticas incluíam a má gestão de contratações, uso inadequado de fundações de apoio para a gestão de recursos humanos e

falhas em processos de aquisição, que comprometiam a eficiência e a eficácia dessas instituições (TCU, 2009).

Os hospitais universitários federais viviam, antes da criação da estatal, por um contexto de crises gerenciais e irregularidades administrativas graves, realidade documentada em auditorias do Tribunal de Contas da União, que expuseram a necessidade de uma reestruturação profunda dessas instituições (TCU, 2009).

Em resposta a essa situação, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão iniciou, em 2005, um processo para explorar modelos jurídico-institucionais mais adequados para a prestação de serviços de saúde no tempo oportuno e com qualidade. O objetivo era assegurar que os hospitais universitários pudessem operar dentro de um quadro que promovesse a agilidade e a flexibilidade administrativas sem comprometer sua missão pública (Gomes, 2016).

O projeto foi conduzido pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SEGES, órgão que, à época, era responsável, entre outras, pela concepção e aperfeiçoamento de modelos de gestão pública. Para a formulação da modelagem, em 2005, deu-se início a uma série de estudos e análises críticas sobre as diversas formas jurídico-institucionais disponíveis à Administração Pública, com o objetivo de propor aprimoramentos que conduzissem a um arcabouço legal mais consistente e afinado com os paradigmas e desafios impostos à gestão pública sem, contudo, fugir dos limites estabelecidos pelo ordenamento do direito público brasileiro. (SEGES, 2009)

As discussões travadas no âmbito do projeto conduzido pela SEGES tiveram como objetivo aprofundar os estudos sobre as formas jurídicas da Administração Pública vigentes, no objetivo de modelar uma solução que atendesse não apenas aos hospitais universitários federais, mas também aos demais setores estatais prestadores de serviços sociais diretos aos cidadãos, que não exigissem o uso dos poderes de autoridade privativos do Estado.

A modelagem jurídico-administrativa formulada no âmbito do projeto conduzido pela SEGES tinha como objetivo fortalecer a capacidade estatal de atuar diretamente, mediante descentralização de competências públicas para órgãos e entidades estatais, de modo que os hospitais universitários federais fossem mantidos dentro da estrutura administrativa do Estado, sob a governança das autoridades públicas, sujeitos à supervisão do ministerial e às disposições de Direito Público

que recaem sobre todas as instituições públicas da Administração Indireta. (SEGES, 2009)

A descentralização de competências proposta pelo grupo para entidades da administração indireta, dotadas de personalidade jurídica própria e independência administrativa, financeira e patrimonial em relação à administração direta mostrou-se possível, mediante lei ou autorização legal específica, quando o objetivo for o de favorecer a especialização no desenvolvimento de determinada atividade ou serviço público, de forma a ampliar a qualidade de suas especificações técnicas e o grau de alcance da ação estatal, conforme Decreto-Lei n.º 200, de 1967 (CONASS, 2015, p.15).

Nesse sentido, dispõe a cartilha sobre "Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde", publicada pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS, 2015, p.15):

> A descentralização implica a delegação de competências públicas da administração direta para entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, a decisão de quando e como descentralizar cabe, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo[7]. Somente a ele competem o julgamento final e a proposição legislativa de delegar competências da administração direta a uma entidade pública da administração indireta, mediante descentralização, assim como a proposição da personalidade jurídica que essas competências irão assumir – medidas que precisarão ser convalidadas pelo Parlamento para ter efeito.

Ressalva o CONASS (2015, p.17 e 18) que não há como determinar um modelo jurídico-institucional ideal para a prestação de serviços públicos de saúde, visto que alternativas adequadas para determinadas situações podem ser inadequadas em outras. A melhor alternativa deve ser identificada caso a caso, a partir da análise das condições políticas, econômicas, culturais do ente federativo e da sua

[7] Art. 11 e 12 do Decreto Lei 200 de 25/02/67 "A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender. É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento".

capacidade de gestão e operação do modelo.

A Ebserh é criada no contexto político, econômico e social de efervescência, potência e força política do movimento sindical - base de sustentação dos governos em que a sua modelagem foi discutida -, que se colocava em oposição a qualquer modalidade jurídica que não fosse a de gestão pela Administra Direta. Em razão disto, desde a sua criação a EBSERH foi objeto de questionamentos de entidades sindicais e movimentos das áreas de saúde e educação que se manifestaram contrárias ao modelo de empresa estatal, apontando-a como "mais uma forma de terceirização que, no caso, colocava em questão o modelo dos hospitais universitários sustentados na indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão." (Pinto, 2020).

Conforme fica evidente a partir de (SILVEIRA, 2021), a oposição ao modelo jurídico proposto indicava que "embora a Ebserh não possa ser considerada um mecanismo de privatização propriamente dito", a divergência com o modelo proposto residiria na defesa de que este "implicaria em ampliar o espectro de penetração da lógica do mercado na gestão dos serviços do Sistema Único de Saúde, impactando a autonomia dos hospitais universitários e desrespeitando o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.".

Ainda sobre as críticas ao modelo, Andreazzi, 2013 aponta que a Ebserh representa "uma ameaça ao caráter público dos hospitais universitários e ao SUS, criticando a reforma do estado que favorece interesses do mercado em detrimento do bem-estar público.".

As críticas ao modelo jurídico proposto para a Ebserh estavam diretamente ligadas à inviabilização do debate em torno do PL 92/2007, que tinha como objetivo a regulamentação do inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público. A proposta da Ebserh enfrentava o rescaldo da mobilização contrária ao modelo de Fundações Estatais, tidas como modelo de privatização, terceirização e precarização.

Como bem pontua (SALGADO; FERNANDES, 2011), reações negativas, marcadas pela veemência, imputaram ao projeto a tentativa de privatização dos serviços públicos e de desoneração do Poder Executivo dos limites e controles constitucionais impostos à administração pública. A desconfiança em relação aos *loci* de formulação do projeto foi manifestada por membros dos órgãos de controle, temerosos no que respeita a iniciativas movidas por

preocupações fiscais.

Nesse cenário de resistência à modelagem proposta para a criação da Ebserh, a Procuradoria-Geral da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4895) contra dispositivos da Lei 12.550/2011. Para o chefe do Ministério Público Federal à época, a lei violaria dispositivos constitucionais ao atribuir à Ebserh a prestação de um serviço público de saúde e contratação de empregados por meio da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A constitucionalidade do modelo jurídico da Ebserh foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu, sete anos após a propositura da ADI, a adequação do modelo jurídico de empresa estatal para atuação no SUS e com vinculação ao Ministério da Educação, com sujeição ao regime jurídico administrativo mínimo, assegurando sua operação sob o regime de direito privado, mas cumprindo funções públicas de saúde (STF, 2020).

Apesar dos questionamentos jurídicos e políticos sobre o modelo jurídico, a Ebserh iniciou em 2014 suas atividades mediante celebração de contratos com as primeiras Universidades Federais e a estruturação de seu quadro próprio de pessoal, permitindo que fossem iniciados os esperados processos de melhoria da infraestrutura e da capacidade de ofertar serviço de saúde e de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, no âmbito dos hospitais universitários federais.

A implantação da Ebserh se deu em torno de um grande debate acerca dos modelos jurídicos-administrativos de prestação de serviços de saúde. A balizas da formulação utilizadas para a superação dos embates em torno da sua modelagem jurídica estivem calcados na gestão pública e no direito sanitário, tornando-se cruciais para que os hospitais universitários pudessem ser reconhecidos como integrantes do SUS e imprescindíveis para a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde, nos termos do art. 200, inciso III, da Constituição Federal.

A sustentabilidade jurídica da Ebserh dependeu, em grande medida, da atuação de doutrinadores que mantiveram firmes na defesa de um aperfeiçoamento das modelagens jurídicas de atuação do Estado na oferta de serviços sociais à população, mas também pelo trabalho realizado pelo corpo técnico-jurídico que se formou ao longo dos anos dentro da empresa estatal, acumulando experiência e com capacidade técnica para defender a empresa dos questionamentos quanto à sua

legitimidade e constitucionalidade.

Em última análise, a experiência da Ebserh serve como um estudo de caso valioso sobre as complexidades envolvidas na reforma de instituições de saúde pública, tendo como pano de fundo o campo epistêmico do Direito Sanitário. A Ebserh representa uma tentativa de conciliar a necessidade de uma gestão eficaz com o imperativo de manter um serviço público de saúde robusto e acessível a todos os cidadãos (TCU, 2009).

A criação da Ebserh representa um passo importante na busca por soluções inovadoras para os desafios enfrentados pelos hospitais universitários no Brasil, tendo o potencial de servir como um modelo para a reforma de outras instituições públicas, combinando eficiência gerencial com a entrega de serviços públicos de alta qualidade (Santos, 2016).

5 A ADVOCACIA PÚBLICA NA EBSERH COMO CAMPO DE PRÁTICA DO DIREITO SANITÁRIO

Dentro da estrutura administrativa da Ebserh, desde a sua institucionalização, o corpo técnico-jurídico foi organizado dentro da Consultoria Jurídica (Conjur), diretamente vinculada à Presidência da estatal, com competências de assessoramento jurídico direto, advocacia preventiva, defesa judicial e extrajudicial dos interesses da empresa, além de auxiliar a gestão na tomada de decisões com segurança jurídica.

Inicialmente estruturada de forma descentralizada e com vinculações às Superintendências dos Hospitais Universitários integrantes da rede Ebserh, o desenho organizacional da Conjur foi remodelado em 2021, com o objetivo de otimizar o ambiente de trabalho, promover melhoria da qualidade da produção jurídica, garantir a uniformização de entendimentos, modelos e fluxos, e estabelecer uma atuação alinhada às áreas de interesse da empresa, como ensino e pesquisa, propriedade intelectual, atenção à saúde e contencioso extrajudicial, foco na advocacia preventiva e criação de equipe dedicada a trabalhar com inteligência de dados e jurimetria.

Com a reestruturação, o organograma da Conjur ficou desenhado da seguinte forma:

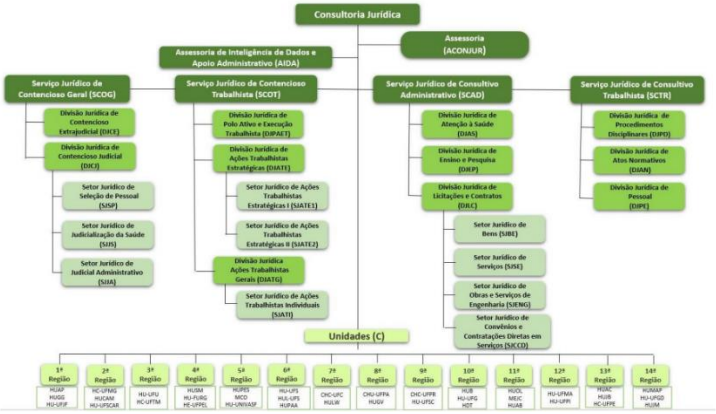


Figura 1. Organograma Conjur Ebserh.
Fonte: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/estrutura-organizacional

Como se verifica da Figura 1 acima, a Consultoria Jurídica da Ebserh se divide em quatro grandes áreas de atuação: Contencioso Geral, Contencioso Trabalhista, Consultivo Administrativo e Consultivo Trabalhista, com competências especializadas e subdivididas em Divisões e Setores Jurídicos.

O quadro de pessoal da Conjur/Ebserh é composto por 120 advogados públicos concursados, com lotação nos 41 hospitais federais da Rede Ebserh e na sede, em Brasília, coordenada pelo Consultor Jurídico, com apoio de duas Assessorias, uma geral e uma de Inteligência de Dados e Apoio Administrativo.

Com a reestruturação e a criação das unidades administrativas especializadas, as equipes passaram a atuar com maior interligação com as áreas de competência da empresa, como a atenção à saúde, a gestão de pessoas, o ensino, a pesquisa e a inovação. Com essa mudança, os advogados passaram de grandes generalistas dos temas jurídicos cotidianos dos hospitais universitários para uma atuação segmentada e focalizada em temas especializados, proporcionando uma atuação mais efetiva e qualificada.

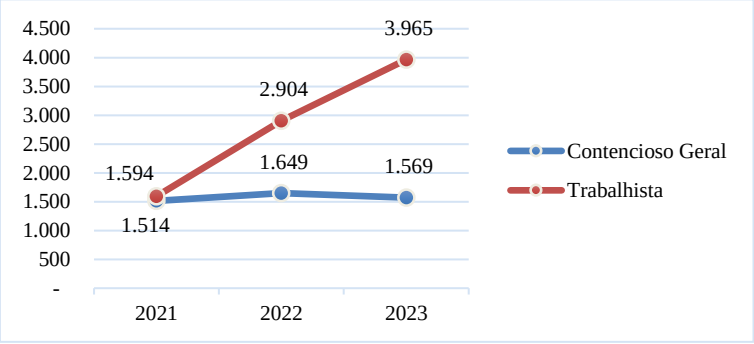
A partir da implantação do modelo de atuação em áreas especializadas, passou a ser possível organizar, sistematizar e uniformizar os dados por unidade, tipo e assunto, permitindo uma avaliação analítica, apesar das falhas ainda presentes no registro e da

ausência de uma uniformidade classificatória nos setores. São a partir destes dados que passamos a fazer análise analítica da atuação da advocacia pública da Ebserh.

O primeiro aspecto a se considerar é o volume total de processos, tanto nas áreas consultivas, quanto nas contenciosas.

O volume de demandas judiciais em que a Ebserh é parte ultrapassava em 2023 o montante de 5.500 processos ativos, divididos entre as áreas de Contencioso Geral e Trabalhista, conforme Gráfico 1 abaixo:

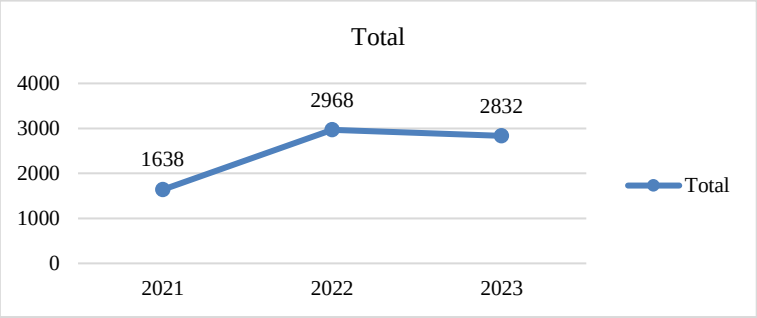
Gráfico 1 – Volume de processos ativos contenciosos por ano.



A classificação tipológica, por objeto e assunto, nos serviços jurídicos de contencioso geral e trabalhista ainda é deficitária, mas indicam um elevado volume de demandas discutindo a insalubridade no ambiente hospitalar, seleções e concursos públicos, horas-extras, dentre outros.

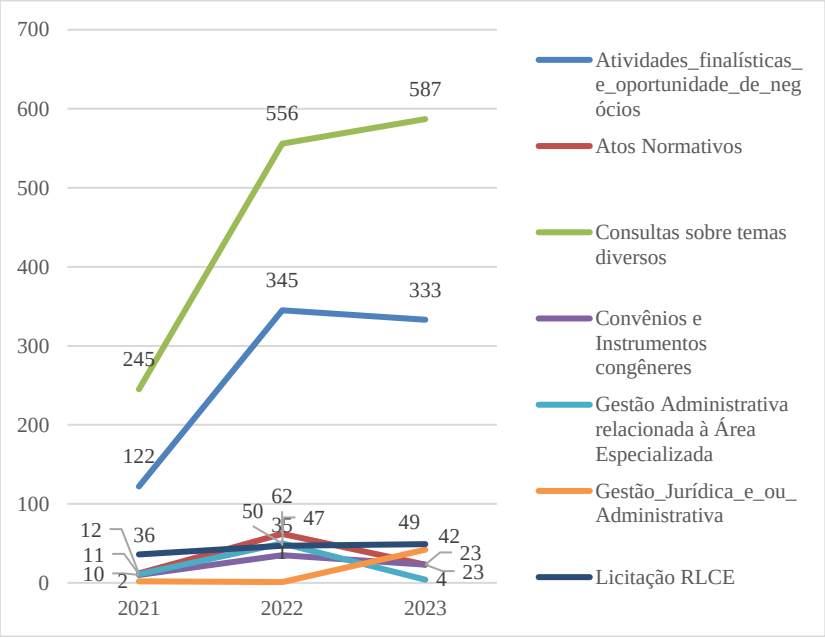
No âmbito consultivo, incluindo-se o Consultivo Administrativo e o Trabalhista, o total de demandas registradas no SEI – Sistema de Controle de Processo aproximava-se de 7.500 expedientes, nos anos de análise.

Gráfico 2 – Volume de processos consultivos por ano.



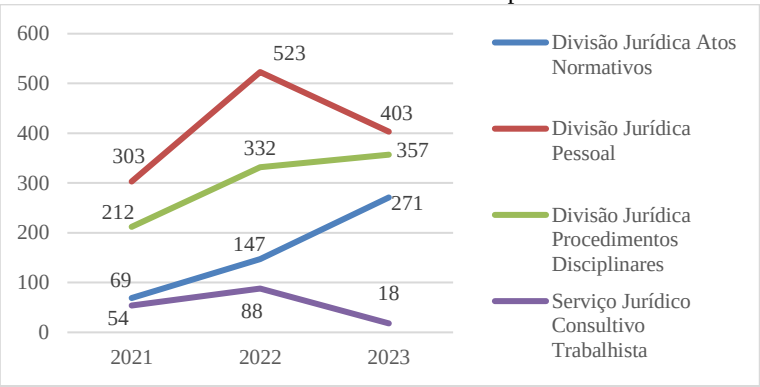
No consultivo, as demandas são classificadas por tipo e objeto, com destaque para consultas sobre temas diversos e demandas consultivas relacionadas às atividades finalísticas e oportunidade de negócios.

Gráfico 3 – Demandas consultivas por tipo.



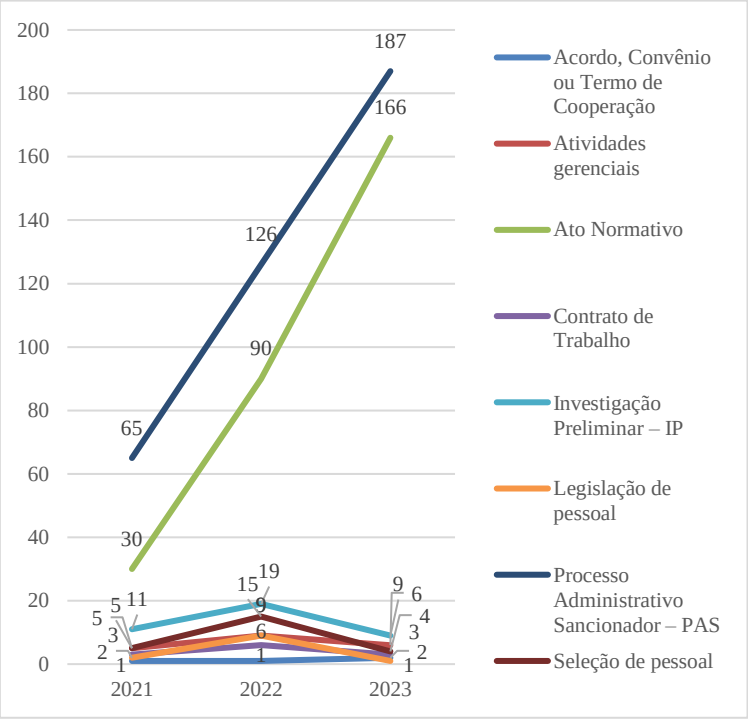
No consultivo trabalhista, as diversas demandas jurídicas são atribuídas às unidade administrativa especializadas, sendo o maior volume o da Divisão Jurídica de Pessoal, cuja competência é residual, responsável pelo assessoramento jurídico em matérias trabalhistas, quando não abrangidas pelas competências das demais áreas.

Gráfico 4 – Demandas consultivas trabalhistas por unidade.



Quanto ao objeto, as demandas do Consultivo Trabalhista estão concentradas entre as que dispõe sobre Processo Administrativo Sancionador (PAS) e Atos Normativos, em grande medida por uma ausência de especificidade no descritor do objeto utilizado.

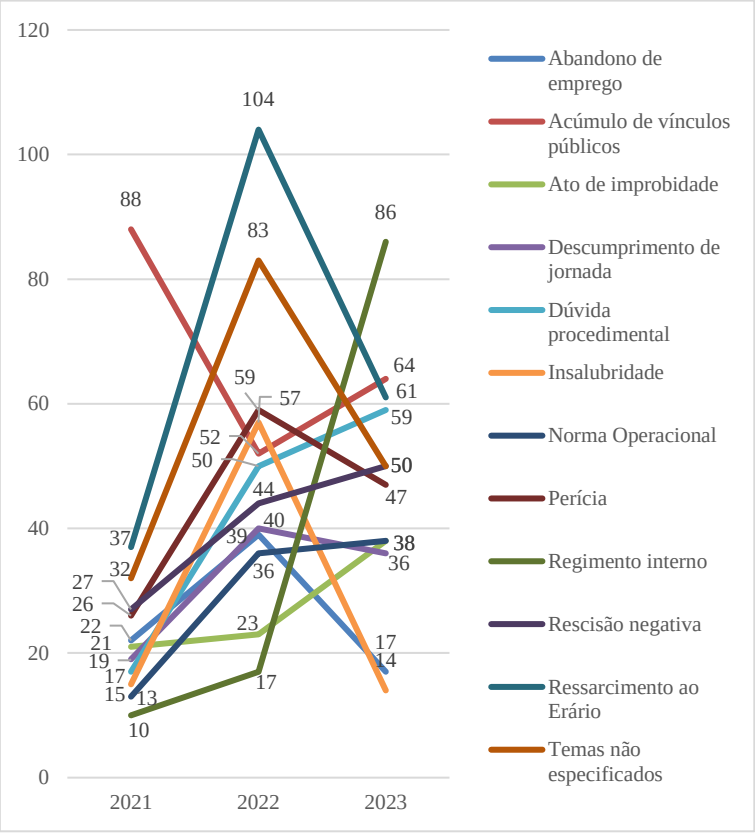
Gráfico 5 – Demandas consultivas trabalhistas por objeto.



Chama atenção a variedade de assuntos das demandas do Consultivo Trabalhista. Estas estão concentradas em duas macros áreas: (i) Processo Administrativo Sancionador (PAS); e (ii) Atos Normativos. As demais classificações se devem em grande medida pela ausência de uma maior especificidade no descritor do objeto utilizado, gerando a concentração das duas áreas.

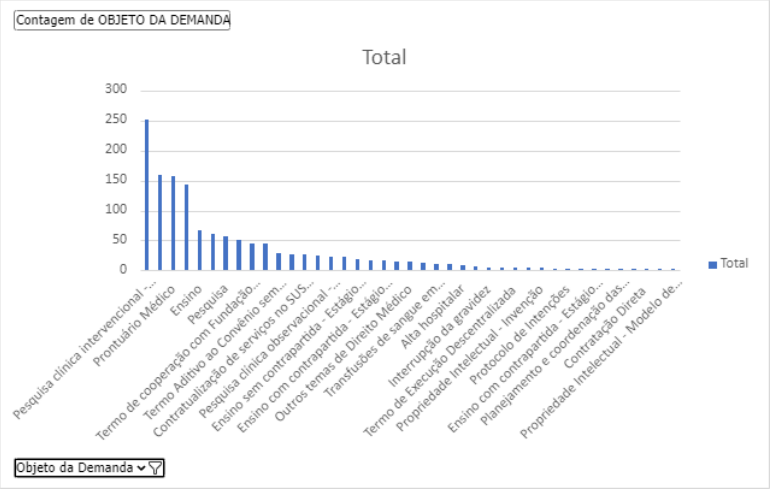
Quanto à classificação por assunto, as demandas do Consultivo Trabalhista apresentam grande diversidade, indo desde questões relacionadas ao Regimento Interno da Ebserh, passando por temas como acúmulo de cargos, abandono de emprego, descumprimento de jornada, insalubridade, rescisão negativa, até mesmo questões afeitas ao ressarcimento ao erário.

Gráfico 6 – Demandas consultivas trabalhistas por assunto.



No Consultivo Administrativo a classificação por assunto apresenta também grande diversidade de temas tratados, indo desde questões relacionadas à pesquisa clínica, passando por questões acerca de gestão de prontuários médicos, ensino, alta hospitalar, contratualização de serviços no SUS, até questões relacionadas à transfusão de sangue em paciente testemunha de Jeová.

Gráfico 7 – Demandas consultivas administrativas por assunto.



O volume e a variação de temas indicam o quanto o corpo técnico jurídico da Ebserh está no centro do debate jurídico que envolve direito sanitário, gestão de recursos humanos e gestão pública do SUS.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A experiência significativa na prática jurídica na Ebserh transcende a aplicação da ciência e da técnica jurídica. Os advogados, ao lidarem com o direito sanitário, não se restringem apenas à teoria ou à prática, mas estão imersos em experiências que moldam suas percepções sobre justiça, saúde pública e o valor social do SUS. Este envolvimento direto com questões de impacto social profundo fornece uma camada de aprendizado que vai além do conhecimento técnico, enfatizando a importância de uma formação jurídica que valorize a dimensão humana e ética da saúde.

A criação da Ebserh, dentro do contexto de inviabilidade de oferta de ações e serviços de saúde em nível de complexidade hospitalar pela Administração Direta, apresenta um cenário onde a separação entre financiamento e prestação de serviços no setor saúde, e a competição entre prestadores públicos e privados, configuram o palco onde os advogados públicos da empresa estatal atuam. Essa realidade impõe aos

profissionais o desafio de navegar entre as políticas de saúde pública e as demandas por eficiência e qualidade, refletindo sobre como suas ações jurídicas contribuem para a sustentabilidade e o fortalecimento do SUS, em linha com as discussões de Bondía sobre a necessidade de repensar os espaços de aprendizado e prática.

A atuação dos advogados na Ebserh envolve também a interpretação e aplicação da legislação que rege o financiamento, o relacionamento com as universidades, e as relações de trabalho dentro dos hospitais universitários. Neste contexto, eles enfrentam o desafio de equilibrar os interesses institucionais com a missão de promover o acesso universal à saúde, refletindo sobre a complexidade das relações entre o público e o privado no setor saúde e como estas afetam o direito sanitário.

Ao lidar com a complexidade jurídica de administrar hospitais universitários e atender às necessidades do SUS, os advogados na Ebserh encontram uma oportunidade única de aprendizado através da experiência, mesmo dissociados de uma estratégia de formal de formação no campo do direito sanitário. Suas práticas diárias tornam-se um laboratório vivo para entender como as políticas de saúde e as decisões jurídicas impactam a vida das pessoas e o funcionamento do sistema de saúde. Este engajamento profundo oferece uma perspectiva enriquecedora, que contribui para a formação de profissionais jurídicos comprometidos com a justiça social e a saúde como um direito universal.

A intersecção entre as reflexões sobre experiência, apresentadas aqui com base nos estudos de Bondia, Freire e Eraut, e a atuação dos advogados na Ebserh ressaltam a importância da experiência vivida como um componente crítico na formação e prática jurídica, especialmente em áreas com profundos impactos sociais como o direito sanitário. Esta abordagem sugere um modelo de aprendizagem e atuação profissional que valoriza a dimensão humana e social da prática jurídica, promovendo uma advocacia que não apenas defende, mas também contribui ativamente para a sustentabilidade e o aprimoramento do SUS.

Nesse sentido, importante estimular que os advogados públicos da Ebserh possam refletir sobre as suas práticas, avaliar e publicizar aquilo que tem sido o seu cotidiano de trabalho, contribuindo para a sua própria formação, mas igualmente deixando as suas contribuições para o importante campo epistêmico do direito sanitário.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Teoria geral do direito sanitário brasileiro. 2006. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/T.6.2006.tde-23102006-144712. Acesso em: 2024-04-14.

ANDREAZZI, Maria de Fatima Siliansky. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares: Inconsistências à Luz da Reforma do Estado. Revista Brasileira de Educação Médica, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 275-284, 2013.

BONDIA, Jorge Larrosa. Notas sobre a experiência e o saber de experiência. Revista Brasileira de Educação, Rio de Janeiro, ANPEd, n. 19.

BRASIL. TCU, Tribunal de Contas da União. 2009. Acórdão n.º 2813.2009 GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC 002.024/2009-5. Brasília (DF). Acesso em 22 de abril de 2024. <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1141685>

BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. 2020. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.895 - Distrito Federal. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Acesso em 22 de abril de 2024. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345550381&ext=.pdf>

BRASIL. MPOG/SEGES, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. 2007. “Fundação Estatal - Proposta para Debate.” Acesso em 22 de abril de 2024. <https://b43c612d-05f3-4d26-9938-d249ebc0609a.filesusr.com/ugd/5ec538_811fddb4111f401e96cc33cffc046413.pdf >

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o Direito Sanitário. Revista Saúde Publ., São Paulo, 22(4):327-34, 1988.

PINTO, M.M. Relações e Condições de Trabalho em um Hospital Universitário após a Implantação da Ebserh. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, da Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2020. Acessado 22 de abril de 2024. < https://repositorio.ufba.br/handle/ri/32844>.

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; FERNANDES, Ciro Campos Christo. Ciclos de Debates Direito e Gestão Pública: os limites da autonomia e do controle do Poder Executivo em debate. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso; PIRES, Roberto Rocha C. (Orgs.). Gestão Pública e Desenvolvimento: desafios e perspectivas. Brasília: IPEA, 2011. p. 19-32. (Diálogos para o Desenvolvimento, v. 6). Acessado 22 de abril de 2024. <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3201/1/livro_gest%C3%A3op%C3%BAblicaedesenvolvimento-v6.pdf >.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: causas, consequências e ação. Empório do Direito, 23 Jun. 2016. Acessado em: 2024-03-11. Disponível em: <https://idisa.org.br/site/document>.

SANTOS, Lenir. Saúde: Conceito e Atribuições do Sistema Único de Saúde. Revista Domingueira da Saúde – IDISA. Acesso em: 2024-03-10. <https://idisa.org.br/img/File/integralidade1.pdf>.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, L.; TERRAZAS, F. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2014.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 13-50.

SILVEIRA, Sandra Amélia Sampaio da; RODRIGUES, Neyde Jussara Gomes Abdala. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH): (In)compatibilidades com o SUS. In: Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social. Eixo: Política Social e Serviço Social. Sub-eixo: Seguridade social no Brasil, 2021.

Acesso 22 de abril de 2024. <https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22742/15205>.

WHO Council on the Economics of Health for All. Health for all: transforming economies to deliver what matters - Final report. Geneva: World Health Organization; 2023. Acesso em: 2024-03-10. <https://saudeamanha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2023/06/council-eh4a_finalreport_web.pdf>.

WHO Council and the Economics of Health for All. Advancing the right to health: from exhortation to action. Council insight no. 5. Geneva: World Health Organization, forthcoming. Acesso em: 2024-03-10. <https://cdn.who.int/media/docs/default-source/council-on-the-economics-of-health-for-all/ whocouncileconomicshealth4all _ insight no5 . pdf ? sfvrsn = e894c52b _ 1&download=true>.

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 Alcântara[1]
Bruna Letícia Teixeira Ibiapina Chaves[2]
Larissa Lobo Ramos[3]

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 Faculdades 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, Membra 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 EBSERH 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 Rehuf, 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, ressalvou "[...] 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 – EBSERH. 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 EBSERH 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 nº 8.080, de 1990, e pela LCP nº 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 EBSERH, 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 EBSERH 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 regrar 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 insubisistentes 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 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.

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 - EBSERH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 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 nº 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 Andrighi – 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.

EVOLUÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO DA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES: UM OLHAR SOBRE A CONCESSÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

EVOLUTION OF THE WORKFORCE AT THE BRAZILIAN HOSPITAL SERVICES COMPANY: A PERSPECTIVE ON THE GRANTING OF ADDITIONAL PAY FOR UNHEALTHINESS

Luciana de Gouvêa Viana[1]
Ulisses Carlos Silva Ferreira[2]
Aline Machado Lourenço[3]
Marina Curi[4]

Resumo

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), instituição que teve sua criação em 2011 e possui ligação direta com o Ministério da Educação, tem como função a gestão de uma extensa rede de 41 hospitais universitários federais, distribuídos em diversas localidades por todo o território brasileiro, mobilizando e coordenando um contingente considerável de aproximadamente 60 mil colaboradores. Dentro desse contingente, destaca-se um grupo de mais de 40 mil trabalhadores contratados como empregados públicos, nos moldes do regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dos quais um significativo contingente de 87% está dedicado às atividades de assistência à saúde. Em uma operação de saúde de notável magnitude e complexidade, tal como a que enfrentamos, que abrange uma variedade de aspectos relacionados ao gerenciamento de riscos, a gestão da insalubridade desempenha

[1] Graduada em Medicina (UFMG), especialista em Gestão e Qualidade Hospitalar (ESP/MG) e em Gestão de Hospitais Universitários do SUS (IEP/HSL), mestra e doutora em Biologia Celular e Molecular (Fiocruz). Diretora de Gestão de Pessoas da Ebserh.
[2] Graduado em Estatística (UFF), mestre e doutor em População, Território e Estatísticas Públicas (ENCE). Analista Administrativo da Ebserh.
[3] Graduada em Engenharia de Produção e mestrado em andamento em Sistemas Mecatrônicos (ambos pela UnB). Analista Administrativo da Ebserh.
[4] Graduada em Administração de Empresas (Uniceub) e especialista em Gestão Pública (IMP), MBA em Gestão Empresarial (AVM) e MBA Pessoas, Inovação e Resultados (Enap). Assessora de Planejamento da Diretoria de Gestão de Pessoas da Ebserh.

um papel absolutamente crucial. Até o ano de 2019, o método de cálculo do adicional de insalubridade pela Ebserh estava diretamente vinculado ao salário base dos trabalhadores, fazendo parte das práticas estabelecidas naquele período. Contudo, a partir desse ano, testemunhamos uma alteração significativa no Regulamento de Pessoal da Empresa. Esse ajuste resultou em uma nova abordagem, na qual o referido benefício passou a ser calculado com base no salário-mínimo, marcando uma transição notável nas políticas internas da organização. Este artigo tem por objetivo apresentar a evolução das concessões de insalubridade entre janeiro de 2013 e outubro de 2023. Constatou-se que o percentual de trabalhadores celetistas que percebem tal indenização variou de 67 a 95% no período em estudo, nos anos de 2013 e 2021, respectivamente. O ano de 2022 foi o segundo da série com percentual superior a 90% de trabalhadores com a referida concessão (91%). Tal comportamento está diretamente relacionado à inserção de hospitais que integram a Rede Ebserh no atendimento a pacientes infectados pelo SARS-CoV-2, no contexto da pandemia de Covid-19. Em 2023, o percentual de trabalhadores com concessão de insalubridade regrediu a 81%. Por fim, a análise da evolução das concessões de insalubridade na Ebserh revela a importância desse benefício para os funcionários, destacando as mudanças significativas no período de estudo. A influência da pandemia de Covid-19 foi determinante. Esta análise oferece valiosos insights para a gestão de recursos humanos da Empresa e sugere a necessidade de adaptações contínuas nas políticas e no tratamento dos trabalhadores no que se refere à segurança e saúde ocupacional.
Palavras-chave: Ebserh. Insalubridade. Trabalhadores.

Abstract
The Brazilian Hospital Services Company (Ebserh), an institution created in 2011 with direct ties to the Ministry of Education, is tasked with managing an extensive network of 41 federal university hospitals distributed across various locations throughout Brazil. This involves mobilizing and coordinating a substantial workforce of approximately 60,000 employees. Within this workforce, a notable group of over 40,000 individuals are employed as public servants under the Consolidation of Labor Laws (CLT) regime, with

a significant 87% dedicated to health care activities. In a health operation of remarkable magnitude and complexity, such as the one faced by Ebserh, which encompasses various aspects related to risk management, the management of insalubrity plays an absolutely crucial role. Until 2019, the calculation method for the insalubrity allowance at Ebserh was directly linked to the employees' base salary, in line with the practices established during that period. However, from that year onwards, a significant change in the Company's Personnel Regulation was observed. This adjustment resulted in a new approach, where the aforementioned benefit began to be calculated based on the minimum wage, marking a notable transition in the organization's internal policies. This article aims to present the evolution of insalubrity allowances between January 2013 and October 2023. It was observed that the percentage of CLT workers receiving such compensation ranged from 67% to 95% during the study period, in the years 2013 and 2021, respectively. The year 2022 was the second in the series with a percentage exceeding 90% of workers receiving the said allowance (91%). This behavior is directly related to the involvement of hospitals within the Ebserh Network in treating patients infected by SARS-CoV-2 in the context of the Covid-19 pandemic. In 2023, the percentage of workers with insalubrity allowances regressed to 81%. Finally, the analysis of the evolution of insalubrity allowances at Ebserh reveals the importance of this benefit for employees, emphasizing significant changes during the study period. The influence of the Covid-19 pandemic was determining factor. This analysis provides valuable insights for the company's human resources management and suggests the need for continuous adaptations in benefit policies and employee treatment with regard to occupational health and safety.
Keywords: Ebserh. Insalubrity. Workers.

1 INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) foi criada por meio da Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, como uma empresa pública vinculada ao Ministério da Educação (MEC), com a finalidade de prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à

comunidade, assim como prestar às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública (BRASIL, 2011). Trata-se da maior rede de hospitais públicos do Brasil, integrada por 41 Hospitais Universitários Federais (HUF), que exercem a função de centros de referência de média e alta complexidade para o Sistema Único de Saúde (SUS) e um papel de destaque na formação profissional, na pesquisa e na inovação em saúde (BRASIL, 2023).

A ausência de reposição e/ou expansão da força de trabalho pelo MEC para fazer face à manutenção e expansão de serviços assistenciais representou, junto às Instituições de Ensino Superior (Ifes) detentoras de hospitais universitários, uma das mais impactantes motivações para adesão à Ebserh, com vistas à gestão de suas unidades hospitalares. Contratações de profissionais por meio de fundações universitárias e cooperativas médicas eram prática comum e apontadas como irregulares pelos órgãos de controle. Exemplo emblemático e histórico de tais apontamentos é o acórdão n.º 2681/2011 do Tribunal de Contas da União (TCU), do qual depreende-se:

> [...] VIII - Dos Hospitais Universitários (HUs)
> De acordo com o MP, parte substancial de terceirizados irregulares no âmbito da Administração Indireta concentra-se no Ministério da Educação, envolvendo universidades federais, seus respectivos hospitais universitários e demais instituições de ensino.
> Ainda segundo aquela pasta ministerial, a solução da questão no âmbito do MEC dependerá, eventualmente, além da participação efetiva do MEC, de outras medidas que transcendem a simples autorização para a realização de concursos públicos e, eventualmente, a competência deste Ministério'.
> Na pesquisa apresentada pelo MP há referência a somente cinco hospitais universitários: Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal do Maranhão (HU/FUFMA), com 1.063 terceirizados

> irregulares; Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG-HC), com 787; Núcleo de Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS-HU), com 28; Hospital Universitário Júlio Muller da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT/HUJM), com 216; e Hospital Universitário Wálter Cantídio da Universidade Federal do Ceará (UFC/HUWC), com 395 terceirizados desempenhando atividades privativas de servidores concursados.
>
> Por conseguinte, não é possível assegurar se os números relativos aos demais hospitais universitários estão incluídos no levantamento ou mesmo consolidados com os das respectivas universidades. Há, inclusive, indicativos significativamente destoantes dos apresentados, a exemplo do Aviso Interministerial 425/MEC/MP, de 23 de março de 2011, fls. 496/499, v. 2, no qual os titulares dos Ministérios da Educação e do Planejamento afirmam que, sob o aspecto quantitativo, a força de trabalho dos HUs é de 67.035 trabalhadores, dos quais 26.211 são terceirizados (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2011).

Nesse contexto, uma das medidas primordiais após a celebração do contrato de gestão especial entre Ifes e Ebserh é a regularização do corpo profissional da(s) respectiva(s) unidade(s) hospitalar(es). De acordo com arquivos corporativos da Ebserh, atualmente a Empresa conta com aproximadamente 60 mil trabalhadores, sendo cerca de 42 mil contratados diretamente no regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Além destes, tem-se cerca de 16 mil estatutários contratados pelo Regime Jurídico Único (RJU) anteriormente à assinatura do contrato de gestão pelas Ifes com a Ebserh para gestão do respectivo HUF.

Vale destacar que cerca de 80% da força de trabalho da Ebserh atua em áreas assistenciais, o que traz à tona o impacto da insalubridade no ambiente profissional. Nesse contexto, a concessão de adicionais de insalubridade ou de periculosidade no âmbito dos HUF sob gestão da

Ebserh é orientada por procedimento interno que define atividades insalubres como aquelas que expõem os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites legais permitidos, conforme previamente normatizados pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Já atividades perigosas são aquelas que, pela natureza ou métodos de trabalho, colocam o empregado em contato permanente com explosivos, materiais inflamáveis, energia elétrica, radiações ionizantes ou substâncias radioativas em condições de risco acentuado, exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial e atividades perigosas em motocicleta. Os laudos de insalubridade e de periculosidade, por sua vez, são elaborados com base nas Normas Regulamentadoras n.º 15 e 16, aprovadas pela Portaria n.º 3.214/1978, do Ministério do Trabalho e Emprego. (EBSERH, 2017).

Aspecto relevante em relação ao adicional de insalubridade na Ebserh refere-se à adoção do salário base no cálculo da remuneração. Apenas em 2019, passou-se a adotar o salário-mínimo na definição de seu valor (EBSERH, 2019).

O presente artigo tem como objetivo analisar a evolução da força de trabalho da Rede Ebserh, bem como das concessões de adicional insalubridade entre janeiro de 2013 e outubro de 2023.

2 METODOLOGIA

Este estudo se caracteriza como uma pesquisa exploratória, seguindo a metodologia proposta por Gil (2002) com vistas a proporcionar maior familiaridade com o problema em tela. Procedeu-se à análise detalhada dos dados referentes a recursos humanos e concessões de adicional de insalubridade entre janeiro de 2013 e outubro de 2023, tendo como fonte principal o Sistema de Informações Gerenciais de Pessoal (SIGP) da Ebserh. Essa base de dados contém cargo, local de trabalho (HUF ou Administração Central), vínculo, data de início e fim da remuneração de benefícios. Também foram considerados dados do cadastro dos empregados para construir tabelas com o quantitativo da força de trabalho e segmentação por vínculo funcional, como os contratados pelo RJU ou pela CLT.

Para construir os resultados, empregou-se a linguagem R e o software RStudio® (RSTUDIO, 2023). Como técnicas, foram empregadas estatísticas descritivas, principalmente os totais de

adicionais de insalubridade, agrupados por diferentes variáveis de interesse, como vínculo, área administrativa ou assistencial e a partir do percentual de concessão do adicional. Além disso, para chegar aos valores totais utilizamos alguns filtros como a data de início e a data de fim do recebimento da vantagem e agrupados para filiais e sede.

Foram observados os princípios éticos e as normas aplicáveis à natureza do manuscrito, em especial aqueles estabelecidos pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep), bem como as determinações da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018, BRASIL, 2018).

3 RESULTADOS

Desde a sua criação, a Ebserh vem assumindo a gestão de um número crescente de HUF. As primeiras adesões ocorreram em 2013, ocasião em que Ebserh assumiu a gestão de 22 HUF. Nos três anos seguintes, houve a incorporação de mais 17 unidades. Em 2018 e em 2019, dois novos HUF se integraram à Rede Ebserh, totalizando 41 unidades, em 23 estados da federação, e no Distrito Federal, como pode ser observado na figura 1 (EBSERH, 2023).

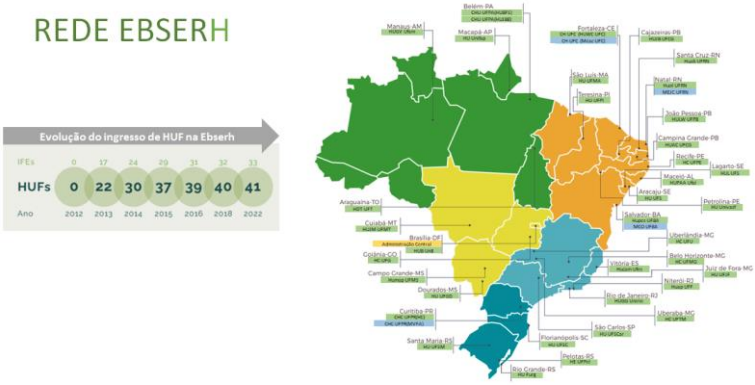


Figura 1 – Distribuição territorial dos Hospitais Universitários Federais integrantes da Rede Ebserh.
Fonte: EBSERH, 2023.

Em outubro de 2023, a força de trabalho da Rede Ebserh totalizou 59096 profissionais. Desse quantitativo, 87% compõem o

quadro assistencial formado por médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e demais ocupações da área da saúde. Destaca-se que 71% da força de trabalho é formada por mulheres, 67% possuem o ensino superior completo e mais de 90% possuem entre 30 e 59 anos. A figura 2 apresenta a evolução desse quadro profissional no decorrer do período abarcado no presente estudo, distinguindo-se os vínculos trabalhistas do RJU e da CLT. Destaca-se não apenas o crescimento do número de empregados, mas também a substituição gradativa do vínculo RJU pelo CLT na medida em que ocorrem as vacâncias do primeiro.

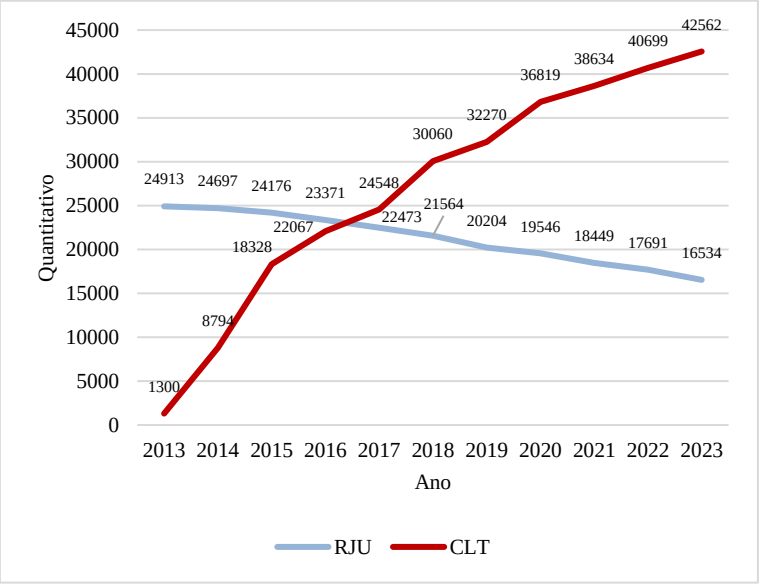


Figura 2 – Evolução do número de empregados na Ebserh considerando-se os vínculos CLT e RJU entre janeiro de 2013 e outubro de 2023.
Fonte: SIGP – Ebserh, 2023.

No tocante à concessão do adicional de insalubridade, tem-se no quadro 1 e na figura 3 a evolução histórica de tal remuneração na Rede Ebserh, em valores absolutos e percentuais, em relação ao número total de profissionais celetistas nos anos abarcados no presente estudo. Observa-se que o percentual de trabalhadores percebendo o adicional de insalubridade variou de 67%, em 2013, atingindo percentuais

superiores a 90% nos anos de 2021 e 2022, ocasião em que várias unidades hospitalares da Rede Ebserh assumiram o atendimento ambulatorial e hospitalar a pacientes infectados pelo SARS-CoV-2, no contexto da pandemia de Covid-19. Até outubro de 2023, o percentual de trabalhadores com tal remuneração está em 81%, abaixo de 87%, mediana do período analisado.

Quadro 1 – Evolução histórica da concessão de adicional de insalubridade na Rede Ebserh entre janeiro de 2013 e outubro de 2023.

Ano	Número de trabalhadores celetistas	Número de trabalhadores celetistas com adicional de insalubridade	Percentual de trabalhadores celetistas com adicional de insalubridade
2013	1300	865	67%
2014	8794	6352	72%
2015	18328	15439	84%
2016	22067	18600	84%
2017	24548	21282	87%
2018	30060	26416	88%
2019	32270	28061	87%
2020	36819	32778	89%
2021	38634	36590	95%
2022	40699	36868	91%
2023	42562	34550	81%

Fonte: SIGP – Ebserh, 2023.

Vale esclarecer que a concessão administrativa do benefício está amparada nos laudos técnicos emitidos pelos profissionais para tal fim qualificados e lotados nas Unidades de Saúde Ocupacional e Segurança do Trabalho (Usost) instaladas em cada HUF da Rede Ebserh. Tais unidades possuem em seu quadro equipe multidisciplinar composta por engenheiro de segurança do trabalho, médico do trabalho, enfermeiro do trabalho, técnico em enfermagem do trabalho e técnicos em segurança do trabalho, correspondendo ao Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), regido pela Norma Regulamentadora n.º 04 do Ministério do Trabalho e Emprego.

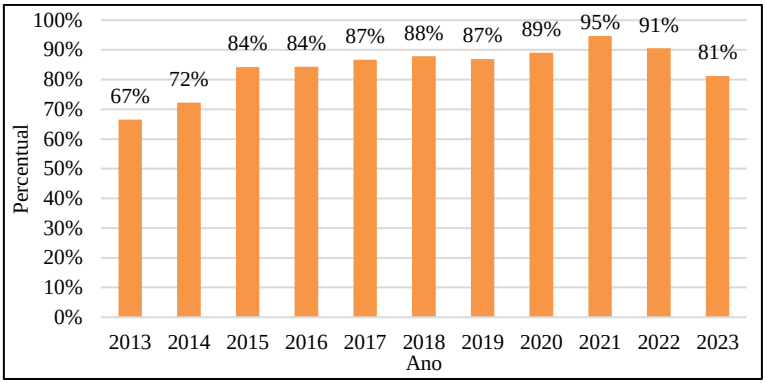


Figura 3 – Representação gráfica da evolução histórica do percentual de trabalhadores da Rede Ebserh com a concessão de adicional de insalubridade entre janeiro de 2013 e outubro de 2023.
Fonte: SIGP – Ebserh, 2023.

4 DISCUSSÃO

A Ebserh tem mantido, desde a sua criação, processos contínuos de seleção e provimento de pessoal para as unidades hospitalares sob sua gestão e para sua sede administrativa.

Este estudo buscou analisar a evolução da força de trabalho na Ebserh ao longo de uma década, de 2013 a 2023, e, em paralelo, a evolução das concessões de adicionais de insalubridade.

Além disso, este estudo destaca a importância de um ambiente de trabalho seguro e saudável para os trabalhadores, por meio de abordagens e estratégias proativas para a promoção da segurança no trabalho e a prevenção de riscos à saúde. Os trabalhadores que se sentem seguros e valorizados são mais propensos a contribuir de maneira eficaz para a missão da Empresa. Nesse contexto, ressalta-se o impacto da pandemia da Covid-19 nas concessões de adicionais de insalubridade na Rede Ebserh.

Destaca-se, também, a importância da busca de soluções colaborativas entre trabalhadores e a governança institucional para lidar com os desafios em constante evolução relacionados à insalubridade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH; altera a Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 dez. 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12550.htm>. Acesso em: 06 nov. 2023.

BRASIL. Lei n.º 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 aug. 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13-709-de-14-de-agosto-de-2018-36889940>. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Apresentação - EBSERH, 2023. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/ebserh--empresa-brasileira-de-servicos-hospitalares>. Acesso em: 05 out. 2023.

EBSERH. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Norma Operacional DGP N.º 03/2017: Adicionais de Insalubridade e de Periculosidade nas Filiais da Ebserh, Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/agentes-publicos/legislacao-e-normas-de-gestao-de-pessoas/norma-operacional-no-03_2017.pdf>. Acesso em: 06 out. 2023.

EBSERH. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Regulamento de Pessoal. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/boletim-de-servico/sede/2020/anexos/regulamento-de-pessoal-da-ebserh-dezembro-2020.pdf/view>. Acesso em: 06 out. 2023.

EBSERH. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Sobre os Hospitais Universitários Federais. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/sobre-os-hospitais-universitarios-federais>. Acesso em: 06 out. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES.

Regulamento de Pessoal da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Brasília, 2020.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa (4a ed.). São Paulo: Atlas, 2002.

RSTUDIO: RStudio® 2021.09.0. Boston: Posit Software, 2023. Disponível em: <https://www.rstudio.com/categories/rstudio-ide/>. Acesso em: 06 out. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão n.º 2681/2011. Plenário. Relator: Ministro José Mucio Monteiro.

EVOLUÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA DA EBSERH A PARTIR DOS SEUS DIPLOMAS LEGISLATIVOS E ESTATUTÁRIOS

EVOLUTION OF EBSERH'S CORPORATE GOVERNANCE BASED ON ITS LEGISLATIVE AND STATUTORY ACTS

Karen Tiemi Ueda[1]
Silvana Souza da Silva Pereira[2]

Resumo

No contexto de proeminência da agenda ESG (Environmental, Social and Governance – representa sustentabilidade ambiental, social e de governança corporativa) e de ações para adesão do Brasil à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), destaca-se a importância da governança corporativa nos órgãos e entidades governamentais, especialmente no âmbito das empresas públicas, com destaque para o período após a promulgação da Lei n.º 13.303, de 2016. Este artigo analisou a evolução da estrutura de governança corporativa da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), empresa pública estatal criada para a gestão dos Hospitais Universitários Federais, após uma década de atuação da estatal, a partir dos seus diplomas legislativos e estatutários. A Ebserh, vinculada ao Ministério da Educação (MEC), atua nas duas áreas que integram as principais políticas públicas: a saúde e a educação. A metodologia envolveu pesquisa descritiva, com utilização de dados secundários, para análise da Lei n.º 12.550, de 2011, a lei de criação da Ebserh; o Decreto n.º 7.661, de 2011, que aprovou o primeiro Estatuto Social da Ebserh; a Lei n.º 13.303, de 2016, a Lei das Estatais ou Estatuto Jurídico das Empresas Estatais; e o Estatuto Social vigente da Ebserh, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 24 de maio de 2023. Os resultados evidenciam a estruturação do sistema de governança corporativa da Ebserh, em conformidade com a legislação aplicável, e apresentam reflexões sobre as estratégias de atuação da estatal por meio dessa estrutura.

[1] Secretária-Geral da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.
[2] Chefe de Gabinete da Presidência da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Palavras-chave: Governança corporativa. Estatuto Social. Empresa estatal.

Abstract
In the context of the prominence of the ESG agenda and actions for Brazil's accession to the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), the importance of corporate governance in government entities, especially in the context of state companies, is highlighted, with emphasis on the period after the enactment of Law No. 13,303 of 2016. This article aims to analyze the evolution of the corporate governance structure of Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), state-owned company created to manage Federal University Hospitals, after a decade of operation of the state-owned company, based on its legislative and statutory acts. Ebserh, linked to the Ministry of Education (MEC), operates in the two areas that are part of the main public policies: health and education. The methodology involved descriptive research, using secondary data, for comparative analysis of Law No. 12,550, of 2011, the law creating Ebserh; Decree No. 7,661 of 2011, which approved Ebserh's first Statutory Act; Law No. 13,303 of 2016, the Law on State-Owned Enterprises or the Legal Status of State-Owned Enterprises; and Ebserh's current Statutory Act, approved at the Extraordinary General Assembly held on May 24, 2023. The results show the structuring of Ebserh's corporate governance system, in accordance with the applicable legislation, and present reflections on the state-owned company's strategies of action through this structure.
Keywords: Social participation. Corporate governance. State-owned company.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, nas décadas de 1930 e 1940 do século XX, houve uma forte demanda pela atuação do Estado Social, que passou a ser gradativamente dotado de estrutura empresarial para a prestação ativa na organização dos serviços públicos em áreas em que não havia interesse ou capital de particulares. Essa expansão do Estado em prol de questões sociais, com inserção no âmbito econômico, representou,

na Era Vargas, o Estado do bem-estar (*Welfare State*), caracterizado por um Estado assistencial ou intervencionista. (LEITE, 2007)

Nesse contexto, houve a criação de várias empresas públicas e sociedades de economia mista (SEMs), tendência que teve continuidade após a Era Vargas, durante grande parte da ditadura militar, quando reforçou-se o entendimento de que o setor público deveria atuar com eficiência similar à do setor privado. Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 200, de 1967 (Brasil, 1967), promoveu uma reforma administrativa federal com a desconcentração de atividades do âmbito da administração direta e a descentralização para atuação em setores tipicamente públicos, bem como para intervenção na economia. (LEITE, 2007) No citado diploma legislativo, constam as definições legais de empresa pública e SEM.

O crescimento e o investimento das empresas estatais foram considerados, nessa época, particularmente no final dos anos 1970 e início dos anos 1980, propulsores relevantes do crescimento da economia brasileira. (GIAMBIAGI e ALÉM, 1999)

Entretanto, nas décadas de 1980 e 1990, houve um amplo processo de desestatização, em nível internacional, justificado, à época, pelo desajuste nas contas públicas e endividamento público, o que levou aos movimentos de privatização das empresas estatais. Cumpre destacar, todavia, que a natureza jurídica e a estrutura de controle de tais entidades tornam complexas as definições dos objetivos operacionais, a avaliação de desempenho e a gestão executiva, cuja atuação está sujeita às demandas governamentais e às da sociedade, enquanto controlador indireto com interesses difusos, além de haver expectativa de retorno financeiro aos sócios nas SEMs. (FONTES FILHO; PICOLIN, 2008)

Dessa forma, as especificidades das empresas estatais pressupõem restrições à plena adesão aos princípios e práticas de governança corporativa indicadas ao setor privado (OCDE, 2004). Dentre essas especificidades, destacam-se: sujeição a restrições orçamentárias mais brandas, praticamente inviabilizando ações de falência, por exemplo; atuação em áreas em que a competição com o setor privado é irrisória ou inexistente; padrões de transparência e prestação de contas orientados ao controle dos gastos públicos; em alguns casos, cadeia difusa de *accountability* - que se refere ao conjunto de práticas de prestação de contas, responsabilização e controle. (FONTES FILHO; PICOLIN, 2008)

Em termos conceituais, a governança corporativa é o sistema de direção das organizações que envolve o relacionamento entre os sócios, a diretoria, o Conselho de Administração, os órgãos de fiscalização e controle, bem como as demais partes interessadas. Com vistas a preservar e otimizar os valores econômicos e de gestão de longo prazo das organizações, constituem princípios básicos de governança corporativa: transparência; equidade; *accountability*; e responsabilidade corporativa. (IBGC[1], 2015)

A perspectiva contemporânea reforça a interdependência entre a organização e todas as partes interessadas que atuam nos contextos econômico, social e ambiental nos quais ela está inserida, de modo a gerar valor agregado entre tais atores do sistema de governança corporativa. (IBGC, 2023)

Em 2005, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresentou proposta de um conjunto de diretrizes para promover melhores práticas de governança na atuação das empresas estatais. Tais diretrizes foram estruturadas em seis grandes áreas, com vistas a estabelecer referências para o relacionamento entre Estado, conselheiros, gestores, investidores e outras partes interessadas. As seis áreas em que foram dispostas as diretrizes propostas pela OCDE foram as seguintes: assegurar um arcabouço regulatório e legal efetivo para empresas estatais; o Estado atuando como proprietário; equidade no tratamento com acionistas; relações com *stakeholder*; transparência e divulgação de informações (*disclosure*); e responsabilidades dos conselhos. (OCDE, 2004)

Em 1988, a Constituição Federal definiu a forma de institucionalização das empresas públicas em seu art. 37:

> XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

Em linha com as recomendações da OCDE e em cumprimento aos preceitos constitucionais, no que tange a 'assegurar um arcabouço regulatório e legal efetivo para empresas estatais', a promulgação da Lei n.º 13.303, de 2016, o Estatuto Jurídico das Estatais, constitui o marco legal principal, com o estabelecimento de normas de governança e um novo regime licitatório para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, em todas as esferas de governo, conforme previsto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

Em complemento e reforço à Lei das Estatais, foi editado o Decreto n.º 8.945, de 2016, com normas regulamentadoras de sua aplicação, e foram publicadas novas resoluções da Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR), órgão colegiado instituído pelo Decreto n.º 6.021, de 2007, composto pelo Ministro de Estado da Casa Civil, pelo Ministro de Estado da Fazenda e pelo Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento, bem como pelos respectivos Secretários Executivos, para o tratamento de matérias relacionadas com a governança corporativa nas empresas estatais federais e da administração de participações societárias da União. (Brasil, 2007)

Dentre as normas de governança que constam na Lei das Estatais, destaca-se a definição da identidade do regime jurídico das empresas públicas e o estabelecimento de regras para eleição dos dirigentes, com vistas a evitar indicações que não atendam aos critérios e requisitos legais. Dessa forma, buscou-se reforçar a estrutura de governança, com a atuação dos seus agentes em conformidade com as melhores práticas, em prol do propósito das organizações, com fundamento em dimensões relevantes como transparência, administração, fiscalização e controle.

Em consonância com as diretrizes da OCDE e as regras de governança estabelecidas pela Lei das Estatais, está a proeminência da agenda ESG[2] (da sigla, em inglês, *Environmental*, *Social*, *Governance*), que pressupõe um conjunto de condutas e compromissos baseados nos fundamentos das áreas ambiental, social e de governança das organizações.

Nesse sentido, é eminente e crescente a responsabilidade dos agentes de governança, diante de temas como sustentabilidade, corrupção, fraude, abusos nos incentivos de curto prazo para executivos

e investidores, além da complexidade e multiplicidade de relacionamentos que as organizações estabelecem com os mais variados públicos. (IBGC, 2023)

Este artigo apresenta a evolução da estrutura do sistema de governança corporativa da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), empresa pública estatal federal, vinculada ao Ministério da Educação (MEC), criada para realizar a gestão dos Hospitais Universitários Federais (HUFs), hospitais estes de ensino, ligados às universidades federais. Trata-se, portanto, de estatal com atuação nas áreas que constituem políticas públicas de alta relevância do país: a saúde e a educação, tendo em vista que os HUFs são utilizados como campo de prática para discentes dos cursos da área de saúde, bem como realizam atendimentos assistenciais, integralmente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo referências de média e alta complexidade nas regiões em que estão situados.

Dessa forma, a Ebserh foi criada com a finalidade de prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como prestar às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública. Dentre as atribuições assumidas pela Empresa estão a coordenação e avaliação da execução das atividades dos HUFs, assim como o apoio técnico à elaboração de instrumentos de melhoria de gestão.

A Rede Ebserh é formada, atualmente, pela Sede, localizada em Brasília/DF, e por 41 (quarenta e um) HUFs, vinculados às universidades federais, situados em todas as regiões do país. As universidades federais que possuem hospitais podem contratar a Ebserh para o aprimoramento da gestão de suas unidades hospitalares, por meio da celebração de Contrato de Gestão Especial, cabendo tal decisão a cada universidade, motivo pelo qual não são todos os HUFs que estão sob a gestão da Ebserh. O Contrato de Gestão Especial dispõe sobre as obrigações dos signatários, as metas de desempenho, indicadores e prazos de execução, bem como a sistemática para o acompanhamento e a avaliação das metas estabelecidas.

Neste artigo, a evolução da governança corporativa da Ebserh é analisada desde a sua criação, em 2011, com destaque para o período após a promulgação da Lei das Estatais e os reflexos no Estatuto Social vigente da empresa. Nesse sentido, apresenta também reflexões

pontuais sobre estratégias que podem ser adotadas para contribuir na atuação institucional junto aos demais órgãos da administração pública, principalmente os que têm representação nos órgãos colegiados da Ebserh, considerando as peculiaridades de uma estatal com atuação mista, nas áreas da saúde e da educação, conforme citado, as quais possuem considerável relevância e representam desafios à atuação governamental no Brasil.

No desenvolvimento do estudo, foi realizada a comparação dos dispositivos da Lei n.º 12.550, de 2011, a lei de criação da Ebserh; do Decreto n.º 7.661, de 2011, que aprovou o primeiro Estatuto Social da Ebserh; da Lei n.º 13.303, de 2016, a Lei das Estatais ou Estatuto Jurídico das Empresas Estatais; e do Estatuto Social vigente da Ebserh, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 24 de maio de 2023. Diante desse contexto, foi estabelecido como objetivo analisar a estrutura de governança corporativa da Ebserh, após uma década de atuação da estatal, a partir dos seus diplomas legislativos e estatutários.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Nas últimas décadas, observa-se que a responsabilidade social corporativa tem sido tão importante quanto a performance financeira nos negócios. No caso de uma empresa estatal, com finalidade de formação de profissionais de saúde e de prestação de assistência, a responsabilidade social é um aspecto relevante. A ênfase social observada nas empresas estatais, muitas vezes em detrimento dos aspectos econômicos, quando resultam em políticas sociais bem administradas, podem contribuir significativamente para gerar valor perante os *stakeholders*, com impacto no desempenho financeiro da entidade. (MIRANDA, R. A. de; AMARAL, H. F., 2011)

Com base na teoria da função social da empresa, tem-se que o empresário e a sociedade têm o poder-dever, no desenvolvimento de suas atividades, de agir a serviço da coletividade (DINIZ, 2018). Destarte, o interesse coletivo deve ser levado em consideração na atuação das empresas, considerando pontos como a inclusão social, a proteção ao meio ambiente, o fomento à criação de novos empregos, o estímulo à implementação de benefícios aos trabalhadores, a melhoria do ambiente de trabalho, dentre outros. (FREDO, C. W., 2023)

No contexto das empresas estatais, o interesse coletivo está expresso nos princípios constitucionais que constam no Título VII da

Magna Carta, que dispõe sobre a Ordem Econômica, em especial o art. 173, que trata da exploração da atividade econômica pelo Estado. (Brasil, 1988) Em que pese haver a percepção de interesse difuso da função social das estatais, após a promulgação da Lei n.º 13.303/2016, verifica-se que compete aos seus Administradores, no uso do respectivo poder discricionário, interpretar e perseguir tal função social, em prol dos interesses da coletividade relacionada à empresa estatal. (FONTES FILHO, 2018)

No caso da Ebserh, sendo uma empresa pública com natureza de prestação de serviços públicos e atuação nas áreas da saúde e da educação, o interesse coletivo e a função social ficam mais evidentes, tendo em vista a conjuntura de um Hospital Universitário Federal, que é utilizado como campo de prática para discentes da área de saúde e, ao mesmo tempo, realiza atendimentos assistenciais no âmbito do SUS, sendo vedado qualquer atendimento privado nestes hospitais.

Nesse sentido, há que se pontuar sobre os elementos que contribuem para a estruturação e o fortalecimento do sistema no qual a Ebserh está inserida, com potencial estratégico para ações institucionais, com observância aos princípios constitucionais, ao interesse coletivo e à responsabilidade social que regem a sua atuação. Esses elementos estão dispostos principalmente na legislação aplicável à Ebserh e serão mencionados neste estudo, como contexto das alterações ocorridas na estrutura de governança da estatal.

Este estudo propõe analisar a evolução da governança corporativa da Ebserh, com base nos seus diplomas legislativos e estatutários, com destaque para os reflexos de tais diretrizes na estrutura e no funcionamento dessa empresa, de forma a contribuir para o aprimoramento do processo decisório, do desempenho e da reputação institucional.

3 METODOLOGIA

A metodologia da pesquisa consistiu na consulta à legislação e aos diplomas estatutários que abrangem o tema, bem como ao acervo bibliográfico e jurisprudencial pertinente. Os diplomas legislativos utilizados como referência para a pesquisa foram a Lei n.º 12.550, de 2011, e a Lei n.º 13.303, de 2016, com enfoque nos dispositivos relacionados à governança corporativa; e os principais diplomas estatutários utilizados foram o Decreto n.º 7.661, de 2011, que aprovou

a primeira versão do Estatuto Social da Ebserh e o Estatuto Social vigente da Empresa, aprovado em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 24 de maio de 2023, tendo sido utilizados também elementos pontuais de versões anteriores do Estatuto Social da Ebserh, cujo histórico está demonstrado na figura a seguir.



Figura 1. Linha do tempo referente às versões do Estatuto Social da Ebserh.
Fonte: elaboração própria (2023).

A coleta de dados foi realizada a partir de consulta aos citados diplomas legislativos e estatutários, conforme informações disponibilizadas na internet, em transparência ativa, no portal da Ebserh e na legislação publicada pela Subchefia para Assuntos Jurídicos, da Casa Civil da Presidência da República.

Os dados sobre o objeto do estudo foram inseridos em planilha para análise comparativa, com enfoque nas informações relacionadas à estrutura de governança corporativa da Ebserh.

4 O PROCESSO DE ESTRUTURAÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA DA EBSERH

A estrutura da governança corporativa da Ebserh foi desenvolvida com fundamento em diferentes instrumentos legais que nortearam a sua trajetória; neste estudo, deu-se ênfase à Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, a lei de criação da estatal; ao Decreto n.º 7.661, de 28 de dezembro de 2011, que aprovou a primeira versão do Estatuto Social da Ebserh; à Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, a Lei das Estatais; e ao Estatuto Social vigente da Ebserh, atualizado em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 24 de maio de 2023.

A Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, autorizou o Poder Executivo a criar a Ebserh, como empresa pública unipessoal, personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao MEC, com prazo de duração indeterminado. (Brasil, 2011) Nesta lei, no que tange à estrutura de governança corporativa, consta apenas 1 (um) dispositivo que trata sobre o tema, com previsão de que informações complementares constariam no Estatuto Social da Ebserh, conforme a seguir disposto:

> **Art. 9º A EBSERH será administrada por um Conselho de Administração, com funções deliberativas, e por uma Diretoria Executiva e contará ainda com um Conselho Fiscal e um Conselho Consultivo.**
> **§ 1º O estatuto social da EBSERH definirá a composição, as atribuições e o funcionamento dos órgãos referidos no caput** . (grifos nossos)
> § 2º (VETADO).
> § 3º (VETADO).

> § 4º A atuação de membros da sociedade civil no Conselho Consultivo não será remunerada e será considerada como função relevante.
> § 5º Ato do Poder Executivo aprovará o estatuto da EBSERH.
> (Brasil, 2011)

Na sequência após a promulgação da lei de criação da Ebserh, em conformidade com o que estabeleceram os parágrafos 1º (primeiro) e 5º (quinto) do art. 9º da Lei n.º 12.550, de 2011, foi publicado o Decreto n.º 7.661, de 28 de dezembro de 2011, com a aprovação do primeiro Estatuto Social da Empresa. Neste Decreto, constou capítulo específico para tratar dos órgãos estatutários, a saber: o Conselho de Administração, a Diretoria Executiva, o Conselho Fiscal e o Conselho Consultivo, conforme se verifica a seguir:

> CAPÍTULO IV
> DOS ÓRGÃOS ESTATUTÁRIOS
> Art. 10. São órgãos estatutários da EBSERH:
> I - o Conselho de Administração;
> II - a Diretoria Executiva;
> III - o Conselho Fiscal; e
> IV - o Conselho Consultivo.
> (Brasil, 2011)

Estabelecendo-se um paralelo comparativo pontual com o Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA), empresa pública adotada como referência para a Ebserh, tanto em modelos de gestão quanto para os seus primeiros atos administrativos, observa-se que a lei de criação do HCPA, a Lei n.º 5.604, de 2 de setembro de 1970, previu como órgãos da Administração da Empresa apenas a Administração Central e o Conselho Diretor, este último como órgão supremo de função normativa, consultiva e deliberativa, além de instância recursal de todos os órgãos da estatal. Em sua lei de criação, consta que o Estatuto Social fixará a forma de escolha dos representantes que compõem o Conselho Diretor.

Ressalta-se que a lei de criação do HCPA é da década de 1970, contexto da ditadura militar em que o debate sobre governança corporativa e processos de participação eram incipientes, anterior à Constituição Federal de 1988, tendo se disseminado e consolidado somente décadas depois, com ênfase no início do século XXI.

No Decreto n.º 7.661, de 2011, que aprovou o primeiro Estatuto Social da Ebserh, além da previsão dos supracitados órgãos estatutários que constam no art. 10, foram estabelecidos critérios expressos de vedação à participação neles, conforme consta no art. 11:

> Art. 11. Não podem participar dos órgãos da EBSERH, além dos impedidos por lei:
> I - os que detenham controle ou participação relevante no capital social de pessoa jurídica inadimplente com a EBSERH ou que lhe tenha causado prejuízo ainda não ressarcido, estendendo-se esse impedimento aos que tenham ocupado cargo de administração em pessoa jurídica nessa situação, no exercício social imediatamente anterior à data da eleição ou nomeação;
> II - os que houverem sido condenados por crime falimentar, de sonegação fiscal, de prevaricação, de corrupção ativa ou passiva, de concussão, de peculato, contra a economia popular, contra a fé pública, contra a propriedade ou que houverem sido condenados a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos;
> III - os declarados inabilitados para cargos de administração em empresas sujeitas a autorização, controle e fiscalização de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta;
> IV - os declarados falidos ou insolventes;
> V - os que detiveram o controle ou participaram da administração de pessoa jurídica concordatária, falida ou insolvente, no período de cinco anos anteriores à data da eleição ou nomeação, salvo na condição de síndico, comissário ou administrador judicial;
> VI - sócio, ascendente, descendente ou parente colateral ou afim, até o terceiro grau, de membro do Conselho de Administração, da Diretoria Executiva e do Conselho Fiscal;
> VII - os que tiverem interesse conflitante com a sociedade.

> § 1º Aos integrantes dos órgãos de administração é vedado intervir em operação em que, direta ou indiretamente, sejam interessadas sociedades de que detenham o controle ou participação superior a cinco por cento do capital social.
> § 2º O impedimento referido no § 1º aplica-se, ainda, quando se tratar de empresa em que ocupem ou tenham ocupado, em período imediatamente anterior à investidura na EBSERH, cargo de gestão.
> (Brasil, 2011)

Dessa forma, observa-se um movimento preliminar ao que viria a ser consolidado, anos depois, com a Lei n.º 13.303, de 2016, em que foram estabelecidos os requisitos e as vedações, como critérios obrigatórios para a eleição dos Administradores, Conselheiros Fiscais e membros do Comitê de Auditoria (Coaud) – este último colegiado instituído formalmente na Ebserh, em agosto de 2019.

No caso dos dispositivos elencados no art. 11 do primeiro Estatuto Social da Empresa, as vedações se aplicavam aos membros do Conselho de Administração (CA), da Diretoria Executiva (DE) e do Conselho Fiscal (CF), o que viria a ser reforçado posteriormente pela Lei das Estatais, mas também estavam previstas para os membros do Conselho Consultivo (CC), colegiado de apoio ao CA e à DE, o que não restou previsto na Lei n.º 13.303, de 2016, tendo em vista o caráter consultivo e de controle social do CC.

Ademais, essas vedações impostas às indicações dos Administradores e Conselheiros Fiscais foram reforçadas também no modelo de Estatuto Social estabelecido para todas as empresas estatais federais, em 2020, pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, atualmente vinculada ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (SEST-MGI), no contexto das ações de adesão do Brasil à OCDE. (Brasil, 2020)

Em seguida, os dispositivos do Decreto n.º 7.661, de 2011, apresentam capítulos específicos para cada um dos órgãos colegiados estatutários, com informações sobre as respectivas composições, competências, nomeação de membros, posse, prazo de gestão, recondução, vacância, honorários, frequência de reuniões e quórum de

deliberação. No caso da Diretoria Executiva, constam também as competências do Presidente e dos Diretores da Ebserh.

Posteriormente, menos de cinco anos depois, a promulgação da Lei n.º 13.303, de 2016, a Lei das Estatais ou Estatuto Jurídico das Empresas Públicas e SEMs, considerada como o principal marco legal para essas entidades da administração pública, traz uma série de alterações relevantes em relação ao anteriormente previsto na legislação e no Estatuto Social da Ebserh.

Com relação aos critérios para os Administradores – compreendidos estes como os membros do CA e da DE –, consta menção expressa à submissão de tais gestores à Lei n.º 6.404, de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações. Anteriormente à Lei das Estatais, não havia tal previsão específica nos diplomas legislativos e estatutários da Ebserh, mas apenas em linhas gerais, com a indicação de que a Empresa se regia pela Lei n.º 12.550, de 2011; pela Lei n.º 6.404, de 1976; pelo Estatuto Social aprovado pelo Decreto n.º 7.661, de 2011; e demais normas aplicáveis.

No art. 17 da Lei n.º 13.303, de 2016, está o conjunto de requisitos exigidos para as indicações dos membros da Diretoria Executiva e do Conselho de Administração, no que tange à experiência profissional, à formação acadêmica e ao não enquadramento em hipóteses de inexigibilidade legais. Constam também as situações de vedação às indicações de Administradores. Esses dispositivos representam o cerne das análises do Comitê de Pessoas, Elegibilidade, Sucessão e Remuneração (CPESR), colegiado que se manifesta em relação às indicações para a DE, o CA, CF e Coaud, anteriormente à eleição dos respectivos membros desses colegiados pelas instâncias competentes.

A Lei das Estatais previu também Seções específicas para tratar do Conselho de Administração; do membro independente do Conselho de Administração; da Diretoria; do Comitê de Auditoria estatutário; e do Conselho Fiscal.

O Decreto n.º 8.945, de 2016, por sua vez, que regulamentou a Lei das Estatais, além dos assuntos supracitados que também constam em Seções específicas, com mais detalhamento, trouxe orientações sobre o CPESR, bem como sobre treinamento e seguro responsabilidade para Administradores.

Em reforço a essa legislação aplicável às empresas estatais, no contexto das ações para adesão do Brasil à OCDE, a SEST-MGI

estabeleceu, a partir de 2020, um modelo de Estatuto Social para as empresas estatais, conforme citado, que passou a replicar os dispositivos da Lei das Estatais e de seu Decreto regulamentador.

Na ocasião, em Ofício-Circular enviado às empresas estatais federais, a SEST-MGI ressaltou que a instituição do modelo tinha como objetivo buscar a convergência com as diretrizes recomendadas pela OCDE relativamente à governança corporativa das empresas estatais. Informou também que se buscou o alinhamento com as melhores práticas sobre o tema, conforme adotado em empresas brasileiras de capital aberto e preconizado por entidades especializadas em governança corporativa.

Com isso, observa-se que houve uma série de ações coordenadas para instituir e consolidar os mecanismos de governança e transparência nas estatais, inclusive com regras sobre divulgação de informações, práticas de gestão de risco, formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

Dessa forma, com as novas estruturas e fluxos estabelecidos pela legislação aplicável às empresas estatais, as nomeações de dirigentes deixaram de ser realizadas em publicações no Diário Oficial da União e os gestores passaram a ser eleitos pela Assembleia Geral, no caso dos membros do CA e do CF, e pelo Conselho de Administração, no caso dos membros da Diretoria Executiva, conferindo características próprias aos processos de assunção dos gestores das estatais federais.

Observam-se, portanto, ações governamentais no sentido de buscar uniformização do sistema de governança corporativa das estatais, a partir de princípios, regras, estruturas e processos estabelecidos na legislação pertinente, com base na qual tais organizações são dirigidas e monitoradas pelas instâncias competentes. Esse sistema, além de contribuir para a geração de valor sustentável para as estatais, baliza a atuação dos agentes de governança e demais colaboradores da instituição na busca pelo equilíbrio entre os interesses de todas as partes, de modo a contribuir positivamente para a sociedade e para o ambiente no qual a empresa estatal está inserida. (IBGC, 2023)

Nesse fluxo, a partir de 2018, as alterações do Estatuto Social da Ebserh deixaram de ser aprovadas pelo Conselho de Administração e passaram a ser aprovadas no âmbito da Assembleia Geral, que passou a dispor também da competência para deliberar sobre propostas de alteração de capital social, cujo valor está expresso no diploma estatutário.

No ano de 2018, quando passaram a ser exigidas as mudanças efetivamente implementadas para adequação ao disposto na Lei das Estatais, conforme o seu art. 91, em decorrência dessas alterações e considerando as ações de adaptação ao novo fluxo, houve deliberação sobre o Estatuto Social da Ebserh na 73ª reunião do Conselho de Administração, em 08 de maio de 2018, conforme consignado na Resolução do CA n.º 67/2018, e, na sequência, o mesmo documento foi aprovado também na primeira reunião de Assembleia Geral Extraordinária (AGE), em 29 de junho de 2018.

Nesse contexto, como resultado da atuação de grupo de trabalho instituído especificamente com a finalidade de mapear as adequações necessárias para a implementação do disposto na Lei das Estatais, no cotejo com os dispositivos do Estatuto Social da Ebserh anteriormente vigente, observou-se que o novo diploma estatutário contemplou os dispositivos estabelecidos pela legislação, bem como pela SEST-MGI, representando a mudança mais significativa do documento até então.

Isto posto, após essa alteração mais substancial do Estatuto Social da Ebserh, ocorreram outras deliberações sobre o documento, no âmbito da AGE, contudo para alterações pontuais, até se chegar à versão atualmente vigente, que foi aprovada em AGE realizada no dia 24 de maio de 2023.

As principais alterações decorrentes do conjunto de orientações da Lei das Estatais e da SEST-MGI, portanto, no que tange ao sistema de governança corporativa da Ebserh, são as que passaram a prever os comitês de suporte ao CA e a Assembleia Geral, como instância para deliberação de matérias não situadas no escopo das competências do CA e para eleição de Conselheiros do CA e do CF.

Os comitês de suporte ao CA são o Coaud e o CPESR, anteriormente referenciados neste artigo, com competências específicas para subsidiar as análises, discussões e deliberações do Conselho de Administração.

As competências do Coaud estão relacionadas à análise das demonstrações contábeis e financeiras da Ebserh; à supervisão das atividades da Auditoria Interna e dos auditores independentes; à avaliação e monitoramento de exposições de risco da Empresa e de cumprimento das transações com partes relacionadas; dentre outras.

O Coaud da Ebserh foi composto a partir de contratação de membros, após processo seletivo realizado para essa finalidade. Os

membros foram eleitos, em julho de 2019, e têm atuado de acordo com as competências previstas na legislação aplicável e no Estatuto Social da Ebserh, que foram reforçadas no Regimento Interno do Coaud.

As competências do CPESR estão relacionadas à manifestação de opinião para auxiliar os acionistas nos processos de indicação de Conselheiros de Administração e Conselheiros Fiscais, para as respectivas eleições; auxiliar os membros do CA nos processos de indicação dos membros da Diretoria Executiva e do Coaud, para as respectivas eleições; verificar a conformidade dos processos de avaliação e treinamento dos Administradores e Conselheiros Fiscais; dar suporte ao CA na elaboração das propostas de remuneração dos Administradores; de política de pessoal; e plano de sucessão.

Finalmente, o CPESR da Ebserh, da mesma forma, tem atuado de acordo com as competências previstas na legislação aplicável e no Estatuto Social da Ebserh. O colegiado teve composições diversas e, atualmente, são membros do CPESR: o Presidente da Ebserh, como membro do CA, e 1 (um) membro do Coaud.

Os órgãos colegiados que compõem a governança corporativa da Ebserh, além das respectivas competências e regras de atuação, se interrelacionam na apreciação e no encaminhamento de diversos assuntos, com destaque para os seguintes fluxos: a Diretoria Executiva, na apresentação de informações relacionadas às pautas que são apreciadas ou deliberadas em cada instância; o Coaud e o CPESR, no suporte ao CA de acordo com as respectivas atribuições; o CA e o CF, no exame de pautas que são apreciadas em ambos os Conselhos, tais como as demonstrações contábeis periódicas, a alteração do capital social da Ebserh, o Relatório Anual de Atividades de Auditoria Interna (RAINT) e o Plano Anual de Atividades de Auditoria Interna (PAINT). No que tange às demonstrações contábeis anuais, a apreciação da matéria é realizada em reunião anual conjunta do CA com o CF, para encaminhamento à Assembleia Geral Ordinária. Ademais, como reforço às boas práticas de governança corporativa, o Conselho Fiscal previu, em seu Plano de Trabalho anual, pautas periódicas de apreciação dos relatórios do Coaud, em que pese não haver obrigatoriedade nesse sentido.

As informações sobre a estrutura de governança corporativa da Ebserh estão dispostas no sítio eletrônico da estatal, com indicação da composição dos colegiados, contendo os currículos dos respectivos membros, e publicação das atas das reuniões, como medidas de

transparência ativa, acompanhadas regularmente pela SEST-MGI e pelos órgãos de controle interno e externo.

5 CONCLUSÕES

Observa-se que a Lei das Estatais representou um marco fundamental para a estruturação da governança corporativa da Ebserh, com reflexos no Estatuto Social, em consonância com as diretrizes da OCDE e a crescente agenda ESG no âmbito governamental.

A Ebserh, em onze anos de existência, é considerada uma empresa estatal de grande porte, conforme classificação da SEST-MGI, o que evidencia os avanços obtidos e se reflete no sistema de governança corporativa, como se observou na análise dos seus diplomas legislativos e estatutários.

A previsão da estrutura e das instâncias que compõem tal sistema, no Estatuto Social da Empresa, contudo, representa apenas o início de uma trajetória que se iniciou há pouco mais de uma década e deve buscar a evolução contínua, fazendo-se as adequações pertinentes em prol de aprimoramentos em conformidade com as melhores práticas.

Ressalta-se que os princípios e as práticas de governança corporativa, em que pese tenham tido enfoque, neste artigo, na estrutura da alta gestão, devem ser implementados, preferencialmente, em toda a organização, considerando a transversalidade dos seus temas.

Observa-se que os instrumentos de gestão implementados por esses institutos legais e suas evoluções são padronizados para todas as estatais, cumprindo requisitos definidos pela OCDE e pelo amadurecimento dos regulamentos. Faz-se necessário refletir sobre a necessidade de ajustes que caibam às peculiaridades de cada área como, por exemplo, processos de participação social para controle ou formulação de políticas, tão aplicados, há tempos, nas áreas de saúde e educação, nas quais a Ebserh atua. Além de processos participativos, uma outra questão relevante é o arcabouço estrutural da Empresa, atualmente com 41 hospitais, nos quais a governança poderia ser reavaliada com vistas a reforçar boas práticas decorrentes do amadurecimento e dos avanços da governança da sede da Ebserh.

Cumpre destacar que o funcionamento do sistema de governança corporativa da Ebserh seja estrategicamente coordenado com as partes interessadas na atuação institucional, principalmente

aquelas diretamente ligadas às áreas da saúde e da educação, que compõem o Orçamento da Empresa: o Ministério da Saúde e o Ministério da Educação, sem prescindir da consideração e interlocução com as demais áreas representadas no CA e no CF. A atuação estratégica da alta gestão nesse sentido está em conformidade com os princípios de governança corporativa, sobretudo os da Integridade, Transparência e *Accountability*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto n.º 6.021, de 22 de janeiro de 2007. Cria a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União - CGPAR, e dá outras providências. Brasília, 22 de janeiro de 2007.

BRASIL. Decreto n.º 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, 27 de dezembro de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 27 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Código das melhores práticas de governança corporativa. 5. Ed., São Paulo: IBGC, 2015. 108 p.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. 6. Ed., São Paulo: IBGC, 2023. 82 p.

BRASIL. Lei n.º 13.303. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no

âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. 30 junho de. 2016.
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 — EBSERH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal; e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília, 16 dez. 2011

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Guias e Manuais. Novo Estatuto Modelo Estatais de Grande Porte. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/empresas-estatais-federais/central-de-conteudo/guias-e-manuais/novo-estatuto-modelo-estatais-de-grande-porte-sest-14dez2020/view>. Acesso em: 14 out. 2023.

DINIZ, Maria Helena. IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. Revista Jurídica, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, 2018. DOI 10.6084/m9.figshare.6835007. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/2815/371371482. Acesso em: 28 ago. 2023.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, n. 42 (6), p. 1163-1188, 2008. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/6670. Acesso em: 27 ago. 2023.

FREDO, Cinara Wagner. O impacto da função social no processo decisório das empresas estatais: a participação da Dataprev na operacionalização do auxílio emergencial. 2023. 43 p. Dissertação de mestrado, Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Brasília, 2023.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia Duarte de. Finanças públicas: teoria e prática no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

LEITE, Sandro Granjeiro. A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista. Revista do TCU, Brasília, n. 109, p. 99-

110, 2007. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/download/24/29>. Acesso em: 27 ago. 2023.

MIRANDA, R. A. de; AMARAL, H. F. Governança corporativa e gestão socialmente responsável em empresas estatais. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, RJ, v. 45, n. 4, p. 1069 a 1094, 2011. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/7027>. Acesso em: 28 ago. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Principles of corporate governance, 2004. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd /32/18/31557724.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2023.

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 Salgado[1]

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 EBSERH, 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 estatais[1].

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 jurídicos[2] 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 Saúde[3]; 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 mercado[4].

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 universidades[5].

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 Interminsterial 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.

PESQUISA CLÍNICA NA REDE EBSERH: EVOLUÇÃO NORMATIVA E PAPEL ESTRATÉGICO

CLINICAL RESEARCH IN THE EBSERH NETWORK: NORMATIVE EVOLUTION AND STRATEGIC ROLE

Leticia Horbach Gonçalves[1]
Cristine Heloisa de Miranda[2]
Marcela Jácome Lopes Boaz[3]

Resumo
Este artigo aborda a evolução normativa e o papel estratégico da Rede Ebserh no avanço da pesquisa clínica no Brasil. A metodologia inclui revisão de literatura jurídica e regulamentar, análise de contratos reais de pesquisa clínica e a integração de dados institucionais. A análise abrange a trajetória histórica e os aspectos regulatórios da pesquisa clínica global e brasileira, salientando os desafios éticos e morais enfrentados e a adaptação do Brasil aos padrões internacionais de pesquisa. A pandemia de Covid-19 é analisada como um impulso para mudanças nos paradigmas de pesquisa clínica, ressaltando o papel da Rede Ebserh nos projetos relacionados à crise. Discute-se a terminologia "pesquisa clínica" e os principais envolvidos nesse campo, focando nos papéis do Patrocinador, ORPC, Centro de Pesquisa e Investigadores. Analisa-se o papel da Rede Ebserh nas pesquisas clínicas no Brasil, destacando sua participação em projetos de relevância nacional. Ao tratar da celebração de contratos de pesquisa clínica, são examinadas as cláusulas comuns em tais contratos, com ênfase à minúcia na sua formulação contratual para salvaguardar os direitos dos centros de pesquisa e dos participantes, além de garantir a responsabilidade dos patrocinadores e ORPCs. Como estratégias futuras, sugere-se a adoção de contratos master para negociações mais

[1] Graduada em Direito (UFGD) e especialista em Direito Constitucional e em Direito Administrativo. Advogada da Divisão Jurídica de Ensino e Pesquisa da Ebserh.
[2] Graduada em Direito (UFSC) e especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Univale em convênio com a ACMP. Advogada da Divisão Jurídica de Ensino e Pesquisa da Ebserh.
[3] Graduada em Direito e especialista em Direito da Inovação Tecnológica e em Direito Administrativo (todos pela UFRN). Chefe da Divisão Jurídica de Ensino e Pesquisa da Ebserh.

eficientes e uma colaboração mais próxima com o Ministério da Saúde, particularmente por meio do Proadi-SUS, para fortalecer a atuação da Ebserh nas pesquisas alinhadas às necessidades do sistema público de saúde. Em conclusão, reconhece-se a Rede Ebserh como essencial para o progresso científico e melhoria da saúde pública no Brasil, atuando como um influenciador estratégico na pesquisa clínica nacional e contribuindo para o fortalecimento do SUS.
Palavras-chave: Pesquisa Clínica. Ebserh. Saúde Pública.

Abstract
This article addresses the normative evolution and the strategic role of the Ebserh Network in clinical research in Brazil. The methodology includes a review of legal and regulatory literature, analysis of actual clinical research contracts, and the integration of institutional data. The analysis covers the historical trajectory and regulatory aspects of global and Brazilian clinical research, highlighting the ethical and moral challenges faced and Brazil's adaptation to international research standards. The Covid-19 pandemic is analyzed as a catalyst for changes in clinical research paradigms, emphasizing the role of the Ebserh Network in related projects. The terminology "clinical research" and the main stakeholders in this field are discussed, focusing on the roles of the Sponsor, CRO, Research Center, and Investigators. The role of the Ebserh Network in Brazilian clinical research is analyzed, highlighting its participation in nationally relevant projects. Regarding the celebration of clinical research contracts, the common clauses in such contracts are examined, emphasizing the meticulousness in their contractual formulation to safeguard the rights of research centers and participants, as well as ensuring the responsibility of sponsors and CROs. Future strategies suggest adopting master contracts for more efficient negotiations and closer collaboration with the Ministry of Health, particularly through Proadi-SUS, to strengthen Ebserh's role in research aligned with the needs of the public health system. In conclusion, the Ebserh Network is recognized as essential for scientific progress and improvement of public health in Brazil, actingas a strategic influencer in national clinical research and contributing to the strengthening of SUS.
Keywords: Clinical Research. Ebserh. Public Health.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa clínica desempenha um papel fundamental nos avanços na área da saúde, contribuindo significativamente para a compreensão de doenças, o desenvolvimento de novas terapias e melhoria da qualidade de vida dos pacientes. No cenário global, o compromisso e a dedicação à pesquisa clínica remontam a séculos, com um histórico que abrange tanto notáveis descobertas científicas quanto acontecimentos sombrios. Estes últimos, em particular, motivaram a implementação de padrões éticos rigorosos para proteger os direitos e a dignidade dos participantes das pesquisas.

No Brasil, o cenário da pesquisa clínica tem suas peculiaridades e desafios. Um país que se destaca pela sua biodiversidade e uma população heterogênea proporciona um cenário propício para realização de pesquisas inovadoras. No entanto, apesar do seu potencial, o país enfrenta obstáculos regulatórios, burocráticos e de infraestrutura que limitam os esforços em pesquisa clínica.

Em meio a esse contexto, a Rede Ebserh, maior rede de hospitais públicos do Brasil, mostra-se como uma instituição importante na condução e fomento dessas pesquisas no país.

Diante da considerável quantidade de pesquisas já conduzidas e da possibilidade de uma atuação coordenada entre seus hospitais, a Rede Ebserh possui um potencial significativo para gerar impactos positivos no Brasil, especialmente no Sistema Único de Saúde (SUS), por meio de iniciativas inseridas no âmbito do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (Proadi-SUS).

Além disso, a execução de pesquisas clínicas financiadas pela indústria farmacêutica, apesar de não resultarem em benefícios diretos para o SUS, desempenha um papel fundamental no estabelecimento da cultura de pesquisa a nível institucional. Com uma estratégia de gestão eficiente, essas pesquisas podem representar uma fonte de recursos valiosa para incentivar a inovação e a pesquisa científica e tecnológica.

Este estudo tem como objetivo aprofundar a compreensão dos aspectos jurídicos e éticos associados à condução de pesquisa clínica dentro do contexto da Ebserh. Para alcançar esse propósito, baseia-se em uma revisão abrangente da literatura jurídica e regulatória, que abarca diretrizes internacionais e legislações nacionais. O artigo adota uma abordagem metodológica que inclui reflexões provenientes da

análise de contratos reais de pesquisa clínica. Tais análises derivam da experiência das autoras na Divisão Jurídica de Ensino e Pesquisa (DJEP), órgão vinculado à Consultoria Jurídica da Ebserh.

Ao integrar diversas fontes de consulta, o presente artigo busca oferecer uma visão abrangente e fundamentada sobre a execução de pesquisa clínica na Rede Ebserh. Essa abordagem visa contribuir para o aprimoramento da prática institucional na condução de estudos clínicos, fornecendo informações valiosas que podem informar e beneficiar o ambiente de pesquisa dentro da instituição.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E REGULAMENTAÇÃO DA PESQUISA CLÍNICA NO MUNDO E NO BRASIL

O percurso histórico da pesquisa clínica é marcado por um entrelaçamento de descobertas, inovações e, infelizmente, episódios sombrios que, por sua vez, modelaram o campo da ética na pesquisa. Na antiguidade, as sociedades começaram a documentar metodicamente suas observações sobre doenças, seus sintomas e os efeitos dos tratamentos empregados. Essas observações, por mais rudimentares que fossem, lançaram as bases para a prática da pesquisa clínica estruturada.

No século XX, durante a Segunda Guerra Mundial, sob a sombra do nazismo, há registros de experimentos cruéis realizados em seres humanos, em nome da "ciência". Essas práticas, marcadas pelo completo desrespeito aos preceitos éticos e morais, são recordadas com horror e serviram de impulso crucial para a implementação de regulamentações internacionais rigorosas sobre pesquisas envolvendo seres humanos.

A reação imediata a esses horrores resultou na elaboração do Código de Nuremberg em 1947, no contexto do Tribunal Militar Internacional encarregado do julgamento dos líderes do nazismo. Este código, pioneiro na história, consolidou diretrizes éticas para a condução de pesquisas com seres humanos. Composto por dez princípios éticos, o documento enfatiza a importância do consentimento do indivíduo que participa da pesquisa.

A partir do documento houve uma série de iniciativas que se voltaram para a discussão da ética na pesquisa. A Associação Médica Internacional se mobilizou para discutir o tema por meio de conferências que resultaram na Declaração de Helsinque em 1964, que até hoje é revisada e atualizada[1].

O Conselho Internacional para Harmonização de Requisitos Técnicos para Medicamentos de Uso Humano (ICH), uma entidade não governamental regida pela lei suíça, foi estabelecido em 1990[2] com o objetivo de harmonizar internacionalmente a regulação de medicamentos, visando maior segurança, eficácia e qualidade dos produtos. Ela conta com a adesão dos Estados Unidos, União Européia e Japão, consolidando-se como o principal fórum de harmonização de requisitos técnicos. A instituição elaborou o documento Boas Práticas Clínicas que foi publicado em 1996 e revisado em 2016.

Embora não se trate de um tratado internacional e não tenha força cogente para os entes estatais, o documento é amplamente aceito na comunidade internacional e tem um papel relevante na condução das pesquisas clínicas multicêntricas. A esse respeito, Anna Luza Bolivar Dallari registrou:

> [...] Mesmo sem força vinculante à luz do direito internacional público, as diretrizes e instrumentos adotados pelo ICH exercem influência normativa em muitos países que se tornam membros do ICH, ente não estatal e que é desprovido de personalidade jurídica internacional, por intermédio de suas agências regulatórias, como é o caso do Brasil, servindo

[1] No Brasil, a Declaração de Helsinque é reconhecida até a quinta revisão, conforme se extrai do preâmbulo da Resolução do Conselho Nacional de Saúde n.º 466/2012, que referencia apenas as cinco primeiras, pois a partir da sexta, aprovada em 2008 na Coreia do Sul, passou-se a permitir o uso de placebo por razões metodológicas, mesmo havendo tratamento reconhecidamente eficaz (DALLARI, Annaluza Bolivar. Contrato de pesquisa clínica: aspectos práticos e jurídicos. Revista dos Tribunais. 1. ed. 2020. E-pub). Isso é contrário a Resolução n.º 1.885/2008 do Conselho Federal de Medicina, que veda ao médico a participação em pesquisa envolvendo seres humanos que utilize placebo quando houver tratamento disponível eficaz já conhecido, assegurando que os participantes das pesquisas receberão sempre algum tipo de tratamento.

[2] ICH, International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use. History. Disponível em: <https://www.ich.org/page/history>. Acesso em: 20 dez. 2023.

> como base para a condução da pesquisa clínica globalmente.
> O critério para o respeito é político, com a adesão ao ICH busca-se fortalecer o país na agenda global e atrair novas pesquisas. A adesão da ANVISA ao ICH teve como intuito fortalecer o alinhamento brasileiro às melhores práticas de controle de qualidade, eficácia e segurança na produção de medicamentos, contribuindo para a ampliação da participação do Brasil no mercado global destes produtos.
> [...]
> O ICH não tem natureza institucional de organização intergovernamental composta por Estados soberanos. É constituído sob as leis suiças, integrado por diferentes tipos de pessoas jurídicas, de distintas nacionalidades e mesmo internacionais, com a finalidade de uniformizar práticas relacionadas a assuntos específicos, dando ensejo, eventualmente, ao que se poderia considerar como a identificação e sistematização de um costume internacional.
> [...]
> (DALLARI, Annaluza Bolivar. Contrato de pesquisa clínica: aspectos práticos e jurídicos. Revista dos Tribunais. 1. ed. 2020. E-pub).

Durante um encontro da Organização Pan-Americana da Saúde em 2005, foi elaborado o Documento das Américas para Boas Práticas Clínicas. Apesar de ter sido patrocinado por esta organização internacional, ele não alcançou a relevância do documento elaborado pelo ICH. Isso se deve à sua abrangência regional, que não inclui a Europa e nem a agência regulatória norte-americana[3], limitando assim sua influência global.

No âmbito do Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) em 2015, elaborou as Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC) de n.º 9, de 20 de fevereiro de 2015[4], que dispõe sobre

[3] DALLARI, Annaluza Bolivar. Contrato de pesquisa clínica: aspectos práticos e jurídicos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-pub.
[4] AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria

o regulamento para realização de ensaios clínicos com medicamentos no Brasil, e a de n.º 10, de 20 de fevereiro de 2015[5], que dispõe sobre o regulamento para a realização de ensaios clínicos com dispositivos médicos no Brasil, posteriormente substituída pela RDC n.º 548, de 30 de agosto de 2021[6]. Além delas, a Anvisa também publicou a Instrução Normativa n.º 20, de 2 de outubro de 2017[7], que dispõe sobre procedimentos de inspeção em boas práticas clínicas para ensaios clínicos com medicamentos.

As regulamentações, em adesão ao que prevê o documento elaborado pelo ICH, propiciaram a admissão da Anvisa como membro da organização internacional. Ela foi inicialmente aceita como observadora em 2015, em 2016 passou a ser membro regular[8] e em 2019 foi eleita para o Comitê Gestor do ICH[9].

No que diz respeito aos aspectos éticos da pesquisa, foi estabelecido o Sistema CEP/CONEP por meio da Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) n.º 1/1988. Essa resolução determinou que toda instituição conduzindo pesquisa com seres humanos deveria contar com um comitê de ética. Posteriormente, a Resolução n.º 466/2012 substituiu essa normativa, delineando os requisitos éticos da pesquisa e delineando o procedimento de submissão tanto ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) quanto à Comissão

Colegiada – RDC n.º 9, de 20 de fevereiro de 2015. Dispõe sobre o regulamento para a realização de ensaios clínicos no Brasil.

[5] AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n.º 10, de 03 de março de 2015. Dispõe sobre o regulamento para a realização de ensaios clínicos com dispositivos médicos no Brasil.

[6] AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n.º 548, de 30 de agosto de 2021. Dispõe sobre a realização de ensaios clínicos com dispositivos médicos no Brasil.

[7] AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Instrução Normativa n.º 20, de 2 de outubro de 2017. Dispõe sobre procedimentos de inspeção em Boas Práticas Clínicas para ensaios clínicos com medicamentos.

[8] AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Anvisa participa da 47ª reunião do ICH. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2023/anvisa-participa-da-47a-reuniao-do-ich>. Acesso em: 09 jan. 2024.

[9] AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Anvisa apresenta harmonização do Brasil ao ICH. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2018/anvisa-apresenta-harmonizacao-do-brasil-ao-ich#:~:text=Anvisa%20no%20ICH,-Atualmente%20a%20Anvisa&text=A%20Ag%C3%AAncia%20foi%20aceita%20como,ICH%20at%C3%A9%20novembro%20de%202021>. Acesso em: 09 jan. 2024.

Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Essas diretrizes permanecem em vigor, assegurando a integridade ética nas pesquisas envolvendo seres humanos.

No tocante às particularidades éticas das pesquisas de interesse estratégico para o SUS, o parágrafo XIII.4 da Resolução CNS n.º 466/2012 determina que tais aspectos serão abordados em uma Resolução própria, o que foi objeto da Resolução CNS n.º 580[10]/2018.

O CNS expediu também a Resolução n.° 674/2022, que estabelece diretrizes sobre a tramitação dos protocolos de pesquisa científica envolvendo seres humanos no Sistema CEP/CONEP, de acordo com a tipificação da pesquisa e os fatores de modulação.

Além das resoluções, desde 2017, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) n.º 7.082/2017 (substituído pelo PL n.º 6007/2023), que dispõe sobre a pesquisa clínica com seres humanos e institui o Sistema Nacional de Ética em Pesquisa Clínica com Seres Humanos[11].

No âmbito do Ministério da Saúde, foi criado em 2009 o Proadi-SUS, que tem por propósito apoiar e aprimorar o SUS por meio de projetos de capacitação de recursos humanos, pesquisa, avaliação e incorporação de tecnologias, gestão e assistência especializada demandados pelo Ministério da Saúde, e reúne hospitais sem fins lucrativos que são referência em qualidade médico-assistencial e gestão[12].

O Programa tem por finalidade contribuir para o fortalecimento do SUS, por meio da execução de projetos de apoio e a prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares não remunerados pelas entidades de saúde de reconhecida excelência (ESREs)[13].

A adesão ao Proadi-SUS configura uma forma alternativa para que as ESREs atendam aos requisitos de obtenção da Certificação de

[10] CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução n.º 580, de 22 de março de 2018. Regulamenta o disposto no item XIII.4 da Resolução CNS n.º 466, de 12 de dezembro de 2012.

[11] Em 29 de novembro de 2023, a Câmara aprovou o projeto de lei, que devido às alterações realizadas na casa legislativa, culminou no retorno do projeto ao Senado Federal, estando pendente de apreciação na data de conclusão deste artigo.

[12] Proadi-SUS. Sobre o Programa. Disponível em: <https://hospitais.proadi-sus.org.br/sobre-o-programa>. Acesso em: 20 dez. 2023.

[13] BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Proadi-SUS. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/proadi-sus>. Acesso em: 20 dez. 2023.

Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas), conforme o art. 7º da Lei Complementar n.º 187/2021. A partir dessa adesão, tem-se o financiamento do Programa, que provém de contribuições sociais isentas de recolhimento pelas ESREs, devido à imunidade tributária estabelecida pelo art. 195, § 7º da Constituição, associada à sua certificação Cebas.

Dentre as possíveis iniciativas que as ESREs podem empreender, sobressai-se o desenvolvimento de projetos nas áreas de estudos de avaliação e adoção de tecnologias, capacitação de recursos humanos, pesquisas de interesse público em saúde e aprimoramento de técnicas e gestão em serviços de saúde. Esse escopo pode incluir a realização de pesquisas clínicas de relevância para o SUS.

Recentemente, no âmbito do Ministério da Saúde, foi criada a Rede Brasileira de Pesquisa Clínica, conforme estabelecido pelo Decreto n.º 11.287, de 13 de dezembro de 2022. Essa rede foi concebida como uma instância de articulação e consultoria com o propósito de fortalecer a pesquisa clínica no país. No entanto, até o momento, não há informações sobre a sua efetiva implementação.

Retomando a perspectiva histórica, observa-se que a pandemia de COVID-19 apresentou desafios e oportunidades sem precedentes no campo da pesquisa clínica, estimulando uma mobilização sem igual na comunidade médica e científica global. Diante da urgência imposta pelo novo coronavírus, os procedimentos de pesquisa clínica, que habitualmente demandavam anos, foram drasticamente acelerados em questão de meses, mantendo-se o compromisso com a segurança e a eficácia dos produtos testados.

Esse momento histórico destacou a capacidade de agências reguladoras, centros de pesquisa e indústria farmacêutica de colaborar em uma escala global. Por exemplo, a Organização Mundial da Saúde (OMS) lançou o *Solidarity Trial*, um ensaio clínico internacional para encontrar um tratamento eficaz contra a COVID-19, reunindo 405 instituições em mais de 30 países, incluindo a participação da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)[14].

No Brasil, foi formada a Coalizão COVID Brasil, composta

[14] FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Fiocruz lidera no Brasil ensaio clínico Solidarity (Solidariedade) da OMS. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-lidera-no-brasil-ensaio-clinico-solidarity-solidariedade-da-oms>. Acesso em: 20 dez. 2023.

por hospitais de pesquisa de excelência, que também conduziu ensaios clínicos robustos que contribuíram significativamente para o conhecimento global da doença[15].

Ainda neste importante movimento de pesquisas relacionadas à COVID-19, a "Rede Colaborativa de Pesquisa Clínica sobre Covid e Covid Longa Brasil", articulada pela Organização Pan-Americana da Saúde (Opas), também realizou pesquisa sobre as sequelas surgidas após a infecção pela COVID-19, a qual contou com a participação de hospitais da Rede Ebserh[16], resultando em publicações científicas[17][18].

Esse período de intensa colaboração e descoberta, impulsionado pela urgência da pandemia, pavimentou o caminho para novos paradigmas na pesquisa clínica, deixando um legado multifacetado. Em primeiro lugar, mostrou a resiliência e adaptabilidade da comunidade científica global. Em segundo lugar, sublinhou a importância da cooperação e coordenação internacional em tempos de crise. E, finalmente, destacou a necessidade contínua de financiamento e investimento em pesquisa e desenvolvimento, garantindo que o mundo esteja melhor preparado para futuras crises de saúde.

A Rede Ebserh, em consonância com seu papel estratégico na saúde brasileira, participou ativamente de ensaios e pesquisas relacionados à COVID-19, fortalecendo sua posição como uma instituição importante no cenário da pesquisa clínica do Brasil.

Esse período mais recente, marcado pela pandemia do COVID-19, transformou a forma como a pesquisa clínica é conduzida e ressaltou a necessidade de se definir de maneira inequívoca os seus contornos, além dos papéis e responsabilidades dos seus atores.

---

[15] HOSPITAL ISRAELITA ALBERT EINSTEIN. Coalizão COVID-19 Brasil. Disponível em: <https://www.einstein.br/pesquisa/coalizao-covid-brasil>. Acesso em: 20 dez. 2023.

[16] EBSERH. Ebserh participa de iniciativa da Opas para pesquisar pessoas internadas e com sequelas de covid-19 no Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/noticias/ebserh-participa-de-iniciativa-da-opas-para-pesquisar-pessoas-internadas-e-com-sequelas-de-covid-19-no-brasil>. Acesso em 09 jan. 2024.

[17] ANSCHAU F., AREDES NDelA., REVEIZ L., et al. Cohort study protocol of the Brazilian collaborative research network on COVID-19: strengthening WHO global data. BMJ Open 2022;12:e062169. doi:10.1136/ bmjopen-2022-062169.

[18] Plataforma Clínica Global da OMS para COVID-19: Dados para a resposta da saúde pública. Relatório sobre a caracterização clínica da COVID-19 Brasil, Junho 2021. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/54817>. Acesso em: 09 jan. 2024.

3 CONCEITOS E ATORES DA PESQUISA CLÍNICA

Embora a expressão "pesquisa clínica" seja comumente empregada, não há, no Brasil, um conceito oficialmente estabelecido para tal termo. Em contrapartida, na legislação infralegal, encontram-se as definições de ensaios clínicos e pesquisas envolvendo seres humanos. Veja-se:

> Resolução CNS n.º 466/2012
> [...]
> II.14 - pesquisa envolvendo seres humanos - pesquisa que, individual ou coletivamente, tenha como participante o ser humano, em sua totalidade ou partes dele, e o envolva de forma direta ou indireta, incluindo o manejo de seus dados, informações ou materiais biológicos;
> [...]
>
> RDC Anvisa n.º 09/2015
> [...]
> Art. 6º [...]
> XII- Ensaio clínico - pesquisa conduzida em seres humanos com o objetivo de descobrir ou confirmar os efeitos clínicos e/ou farmacológicos e/ou qualquer outro efeito farmacodinâmico do medicamento experimental e/ou identificar qualquer reação adversa ao medicamento experimental e/ou estudar a absorção, distribuição, metabolismo e excreção do medicamento experimental para verificar sua segurança e/ou eficácia;

O conceito abrangente de pesquisa envolvendo seres humanos inclui investigações que implicam intervenções físicas, bem como estudos acadêmicos que se concentram na análise retrospectiva de dados, sem a necessidade de intervenção direta no indivíduo. Isso significa que, além de ensaios clínicos, a definição abrange, por exemplo, estudos epidemiológicos, análises de registros médicos e pesquisas sociais que buscam compreender padrões comportamentais ou de saúde.

Para ilustrar, uma pesquisa que investiga as influências sociais nas decisões de consumo, analisando padrões de compra ao longo do tempo em determinados grupos demográficos, ainda se enquadraria no escopo dessa definição ampla. Nesse estudo, não há intervenção física nos participantes; em vez disso, o foco está na observação e análise do comportamento de compra.

Na versão atualizada do PL n.º 6007/2023[19] foi incorporado o conceito de ensaio clínico[20], alinhado com a definição da RDC Anvisa n.º 09/2015, especificamente relacionado à investigação de medicamentos experimentais. Paralelamente, foi previsto o conceito de pesquisa clínica com seres humanos. Este último transcende o escopo dos ensaios clínicos, abarcando uma variedade mais ampla de estudos que avaliam aspectos de saúde dos seres humanos, nos seguintes termos:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:
> [...]
> XXIX - pesquisa clínica com seres humanos: conjunto de procedimentos científicos desenvolvidos de forma sistemática com seres humanos com vistas a:
> a) avaliar a ação, a segurança e a eficácia de medicamentos, de produtos, de técnicas, de procedimentos, de dispositivos médicos ou de cuidados à saúde, para fins terapêuticos, preventivos ou de diagnóstico;
> b) verificar a distribuição de fatores de risco, de doenças ou de agravos na população;
> c) avaliar os efeitos de fatores ou de estados

[19] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 6007, de 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9527106&ts=1703608674446&disposition=inline&_gl=1*1o7jrg2*_ga*Mjc0NDA3OTEuMTcwNDc0NDcyOQ..*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDc0NDcyOC4xLjEuMTcwNDc0NTgzOC4wLjAuMA.>. Acesso em: 09 jan. 2024.

[20] Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:
[...] XVIII - ensaio clínico: pesquisa conduzida em seres humanos com o objetivo de descobrir ou confirmar os efeitos clínicos, farmacológicos ou qualquer outro efeito farmacodinâmico do medicamento experimental, identificar qualquer reação ao medicamento ou estudar sua absorção, distribuição, metabolismo e excreção, para que sejam analisadas e verificadas a ação, a segurança e a eficácia do medicamento experimental;

sobre a saúde;

O conceito de ensaio clínico, portanto, insere-se no conceito de pesquisa clínica com seres humanos. Esta última, por sua vez, não se limita apenas à avaliação dos efeitos de intervenções medicamentosas, mas também abrange a análise de diversos fatores, incluindo dispositivos médicos, bem como medidas preventivas de saúde pública. Em outras palavras, a pesquisa clínica com seres humanos engloba uma gama mais ampla de estudos que visam compreender e melhorar a saúde da população, indo além do âmbito exclusivo dos ensaios clínicos.

Portanto, podemos observar uma graduação nos conceitos, onde a pesquisa envolvendo seres humanos se apresenta como a mais abrangente, seguida pela pesquisa clínica com seres humanos e, por fim, pelos ensaios clínicos.

Vale ressaltar que algumas interpretações equiparam os termos "ensaio clínico" e "pesquisa clínica" como sinônimos. Nesse sentido:

> Entende-se por “pesquisa clínica” conforme definição adotada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA):
> [...]
> **Trata-se do estudo sistemático de uma molécula e/ou especialidade medicinal, que geralmente pertence a uma grande indústria farmacêutica, em voluntários humanos. O objetivo é descobrir ou confirmar os efeitos, identificar as reações adversas, estudar a farmacocinética dos ingredientes ativos, de forma a determinar sua eficácia e segurança, além de evidências não clínicas e dados sobre qualidade para aprovar tanto seu registro perante autoridade regulatória, comercialização, ou uma nova indicação**. [...] (DALLARI, Annaluza Bolivar. O contrato de pesquisa clínica - Estratégias para a negociação de um contrato atípico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 958, agosto de 2015).
> (Sem destaques no original).

No entanto, é importante notar que essa equivalência pode suscitar discussões sobre nuances semânticas e destacar a importância

de uma definição precisa e uniforme desses termos, especialmente em ambientes acadêmicos e científicos.

No que tange às normas institucionais da Ebserh, a Norma Ebserh n.º 01/2016[21] da Presidência conceitua estudos clínicos como "pesquisas realizadas em seres humanos para avaliar o efeito das exposições ou intervenções sobre resultados biomédicos ou relacionados à saúde. Essa abordagem se aproxima do conceito de pesquisa clínica com seres humanos previsto no PL n.º 6007/2023.

Na condução das pesquisas clínicas, envolvem-se diferentes atores, os principais são: os Patrocinadores, as Organizações Representativas da Pesquisa Clínica (ORPC), os Centros de Pesquisa, os Investigadores e/ou Pesquisadores.

O art. 6º da RDC Anvisa n.º 09/2015[22] traz as seguintes definições:

> Art. 6º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
> [...]
> VI- Centro de Ensaios Clínicos - organização pública ou privada, legitimamente constituída, devidamente cadastrada no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), na qual são realizados ensaios clínicos;
> [...]
> XXIX- Investigador - pessoa responsável pela condução de um ensaio clínico no local em que o ensaio é conduzido. Se o estudo for conduzido por um grupo de pessoas, o investigador é o líder do grupo e será chamado de investigador principal;
> [...]
> XXXIII- Organização Representativa de Pesquisa Clínica (ORPC) - toda empresa regularmente instalada em território nacional

[21] EBSERH. Norma Operacional Ebserh n.º 01/2016 da Presidência. Apoia os Setores Jurídicos na análise de contratos de patrocínio para o desenvolvimento de estudos clínicos. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/ensino-e-pesquisa/pesquisa-clinica/no_cpit_29mar2016.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2023.

[22] AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n.º 9, de 20 de fevereiro de 2015. Dispõe sobre o regulamento para a realização de ensaios clínicos com medicamentos no Brasil.

> contratada pelo patrocinador ou pelo investigador-patrocinador, que assuma parcial ou totalmente, junto à Anvisa, as atribuições do patrocinador
> XXXIV- Patrocinador - pessoa, empresa, instituição ou organização responsável por iniciar, administrar, controlar e/ou financiar um estudo clínico.

No âmbito da Ebserh, a Norma Ebserh n.º 01/2016[23] da Presidência também traça alguns conceitos:

> [...]
> Art. 2º Para compreensão e aplicação da presente Norma, ficam os termos abaixo conceituados:
> [...]
> VI – Instituição de Pesquisa: HUF designado como campo de prática para realização do estudo clínico e que tem o papel de apoiar a condução desse estudo;
> VII – Investigador principal: pesquisador(a) com vínculo formal com a INSTITUIÇÃO DE PESQUISA ou com a INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR (IFES) que possua habilitação, conhecimento e formação profissional necessários ao desenvolvimento do ESTUDO CLÍNICO;
> [...]
> IX – Patrocinador: pessoa jurídica de direito privado que realiza atividades de pesquisa, desenvolvimento tecnológico, produção e comercialização de insumos para saúde e apoia a pesquisa, mediante ações de financiamento;
> [...]

Nos acordos celebrados pela Ebserh, observa-se que os conceitos normativos são aplicados de maneira complementar. Em

[23] EBSERH. Norma Operacional Ebserh n.º 01/2016 da Presidência. Apoia os Setores Jurídicos na análise de contratos de patrocínio para o desenvolvimento de estudos clínicos. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/ensino-e-pesquisa/pesquisa-clinica/no_cpit_29mar2016.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2023.

geral, os hospitais da Rede Ebserh são designados como Centros de Ensaios Clínicos, um conceito que se alinha harmoniosamente com o de Instituição de Pesquisa. É comum ainda o uso da expressão "Centro Participante".

O termo "investigador" ou "investigador principal" refere-se ao pesquisador encarregado de conduzir o estudo. Ele desempenha o papel crucial de elo entre a instituição de pesquisa e o patrocinador, sendo responsável por rigorosamente seguir o protocolo da pesquisa. Além disso, cabe a ele coordenar as atividades dos demais pesquisadores envolvidos no estudo. Essa responsabilidade enfatiza a importância do papel do investigador principal na integridade e condução eficaz das pesquisas.

No contexto dos ensaios clínicos, o papel de patrocinador recai geralmente sobre a indústria farmacêutica, que conduz estudos multicêntricos para avaliar o uso de medicamentos sobre os quais detém a patente ou busca obtê-la. Os patrocinadores são responsáveis pela elaboração do protocolo da pesquisa, pela orientação aos centros de pesquisa participantes e pelo repasse financeiro necessário para execução do estudo.

Quando tratamos de pesquisas clínicas com seres humanos realizadas no âmbito do Proadi-SUS, é comum que esse papel seja desempenhado pelas ESREs, frequentemente referidas como centros coordenadores ou desenvolvedoras. Embora essas entidades não persigam fins lucrativos, assumem responsabilidades análogas aos patrocinadores, incluindo a elaboração do protocolo da pesquisa, a coordenação das atividades dos projetos e o repasse financeiro necessário para a sua execução.

A ORPC desempenha o papel de interlocutora em nome de um patrocinador. Sua presença não é obrigatória, mas é frequentemente observada, especialmente em ensaios clínicos patrocinados multicêntricos que são conduzidos simultaneamente em diversos países.

A Annaluza Dallari sintetiza muito bem a relação entre as partes envolvidas nos ensaios clínicos. Veja-se:

> A pesquisa clínica é conduzida por médicos especializados – o investigador principal – em instituições: hospitais, clínicas, consultórios, dependendo do desenho do protocolo. O

> investigador precisa assinar vários documentos pelos quais se compromete a seguir os procedimentos exigidos pelo protocolo. Em geral, o médico conta com uma equipe de sua escolha para ajudá-lo na condução do estudo. O patrocinador das pesquisas, a indústria farmacêutica, remunera os médicos investigadores e a sua equipe pelo trabalho e tempo despendido com os atendimentos e procedimentos das pesquisas clínicas.
> Geralmente esse pagamento é feito ao hospital ou instituição, porém pode ser realizado a uma entidade jurídica alheia que é denominado "interveniente administrativo", como uma fundação, no caso de hospitais públicos, desde que estritamente comprovada a relação jurídica, e desde que essa entidade seja incluída como parte do contrato, assumindo obrigações também de confidencialidade.
> O patrocinador arca também com as despesas de transporte e alimentação, decorrentes da presença do paciente às visitas programadas. Muitas vezes, o patrocinador contrata Organizações Representativas de Pesquisas Clínicas ("ORPC" ou "CRO" – Contract Research Organization) para o gerenciamento de certas atividades do estudo, e realização de pagamentos. Essa relação é regulada por meio de um contrato de pesquisa clínica, que define as obrigações e direitos das partes envolvidas, e define o cronograma de pagamento.
> (DALLARI, Annaluza Bolivar. O contrato de pesquisa clínica - Estratégias para a negociação de um contrato atípico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 958, agosto de 2015).

Além das entidades apontadas, no âmbito da Rede Ebserh, em regra, participam da execução das pesquisas clínicas e da celebração dos respectivos contratos, fundações de apoio, que são instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à

execução desses projetos[24].

4 O PAPEL DA REDE EBSERH NAS PESQUISAS CLÍNICAS NO BRASIL

A prestação de serviços de apoio à pesquisa está inserida dentre as atividades finalísticas da Ebserh, conforme o art. 3º da Lei n.º 12.550/2012[25] e art. 4º do seu Estatuto Social[26].

Em seu âmbito foi instituído o Programa Ebserh de Pesquisas Clínicas Estratégicas para o Sistema Único de Saúde (EpecSUS) por meio da Portaria Interministerial n.º 09, de 13 de agosto de 2014, Ministério da Educação (MEC), Ministério da Saúde (MS) e Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), o qual tem como objetivo geral contribuir com desenvolvimento científico e tecnológico e formação profissional em saúde, em consonância com as políticas de Educação, de Saúde e de Ciência, Tecnologia e Inovação.

Na estrutura de gestão do programa, à Ebserh caberia os esforços para a interlocução e coordenação, por meio de equipe técnica vinculada à Coordenadoria de Pesquisa e Inovação Tecnológica. Já os hospitais da Rede Ebserh participariam na formulação e implementação das atividades, por meio do gerente de ensino e pesquisa, chefe de setor de pesquisa e inovação tecnológica e chefe de unidade de pesquisa clínica, quando houver.

---

[24] Art. 1º da Lei n.º 8958/1994.

[25] Art. 3º A EBSERH 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.

[26] Art. 4º. A EBSERH tem como objeto social:

[...] VI – prestar serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e extensão, inovação, ao ensino-aprendizagem e formação de pessoas no campo da saúde pública, inclusive mediante a intermediação e apoio financeiro, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária e as políticas acadêmicas estabelecidas no âmbito das instituições de ensino.

[...] IX – prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas, promovendo, estimulando, coordenando, apoiando e executando atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, com o objetivo de produzir conhecimentos e tecnologia para o desenvolvimento da saúde pública do País;

Há ainda a previsão de um comitê gestor, a quem caberia a articulação e contribuição na implementação das atividades, por meio de seus representantes. Esse Comitê é composto por representantes das seguintes instituições: Ebserh, MEC, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Ministério da Saúde, MCTI, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e Anvisa.

Os documentos básicos que orientaram o EpecSUS foram os seguintes: a portaria interministerial ME-MS- MCTI n.º 09/2014 que instituiu o programa; o documento orientador para estudos multicêntricos colaborativos e a Norma Operacional Ebserh n.º 01/2016 da Presidência, com objetivo apoiar os Setores Jurídicos na análise de contratos de patrocínio para o desenvolvimento de estudos clínicos.

Ainda no âmbito da Ebserh, um marco importante para a gestão das pesquisas da Rede foi a Portaria-SEI n.º 11, de 26 de fevereiro de 2021[27], que instituiu o Rede Pesquisa como sistema informatizado oficial de gestão dos pesquisadores e projetos de pesquisa no âmbito da Rede Ebserh e possui, dentro dos seus objetivos, a instituição de fluxo de solicitação e de aprovação e acompanhamento dos projetos de pesquisa na Rede Ebserh (art. 2º, II).

Além do Rede Pesquisa, aponta-se a Norma de Relacionamento entre a Ebserh e as fundações de apoio, publicada por meio da Resolução n.º 158, de 28 de abril de 2022, do Conselho de Administração, que tem por objetivo regulamentar o relacionamento da Administração Central e dos Hospitais Universitários Federais da Rede Ebserh com fundações de apoio para desenvolvimento de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação.

O normativo é um importante instrumento para o impulsionamento dos projetos de pesquisa clínica no âmbito da estrutura organizacional da Ebserh, a partir da permissão da participação das fundações de apoio na gestão administrativa e financeira dos projetos, o que simplifica a gestão dos projetos e facilita a relação dos hospitais da Rede Ebserh com os patrocinadores.

Nesse sentido, a Ebserh tem demonstrado uma notável

[27] EBSERH. Portaria-SEI n.º 11, de 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/boletim-de-servico/sede/2021/boletim-de-servico-no-1012-26-02-2021>. Acesso em: 20 dez. 2023.

expansão em seu papel na condução de pesquisas clínicas nos hospitais que administra. Esse avanço estratégico abre uma vasta janela de oportunidades para o crescimento da instituição enquanto um ator importante no desenvolvimento de pesquisa clínica no país.

Segundo os dados apresentados no Relatório Integrado da Ebserh, em 2022[28], foram registradas 4.648 pesquisas no Sistema Integrado de Gestão (SIG) da Ebserh, no específico módulo de Rede Pesquisa[29]. Embora o relatório não forneça uma detalhada segmentação da quantidade de pesquisas clínicas realizadas, destaca-se a presença de um número expressivo, sinalizando robustez na atividade de pesquisa.

Os dados corporativos da DJEP, por sua vez, possibilitam uma avaliação da quantidade de contratos de pesquisa clínica celebrados pela Rede Ebserh. Conforme apresentado na Tabela 1 abaixo, o número de contratos e aditivos de pesquisa clínica analisados apresentou um incremento interessante nos últimos dois anos.

Em 2021, foram analisados 29 ajustes no período de agosto[30]até dezembro do mesmo ano. Se considerarmos a média mensal desses 5 meses (5,8 ao mês), podemos estimar que o total de ajustes ao longo do ano completo de 2021 foi aproximadamente 70 ajustes. Já em 2022, o número cresceu para 108, um aumento expressivo de cerca de 54% (considerando a estimativa para todo o ano de 2021). Em 2023, os dados, que incluem apenas os ajustes analisados até novembro, indicam um total de 135, representando um crescimento adicional de 25% em relação a 2022.

Esse aumento contínuo na celebração de contratos de pesquisa clínica sinaliza um interesse cada vez maior de financiadores, tanto públicos quanto privados, em apoiar projetos de pesquisa executados na Rede Ebserh.

---

[28] O relatório do ano de 2023 ainda não foi publicado até a conclusão da revisão deste artigo.

[29] EBSERH. Relatório Integrado de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/transparencia/copy_of_RelatorioIntegrado20221.pdf>. Acesso em 30 jan.2024.

[30] A coleta de dados teve início em agosto de 2021, coincidindo com uma reestruturação na Consultoria Jurídica da Ebserh e a criação da DJEP, área especializada responsável pela análise jurídica de contratos de pesquisa clínica, o que viabilizou a estratificação dos dados dos contratos analisados.

Tabela 1 - Contratos e Termos Aditivos de Pesquisa Clínica analisados pela DJEP

Ano	Pesquisa clínica com financiamento público	Pesquisa clínica com financiamento privado	Total de contratos e termos aditivos de pesquisa clínica analisados
2021	5	24	29
2022	24	84	108
2023	26	109	135
Total	55	217	272

Fonte: elaborada pelas autoras a partir de dados corporativos da DJEP.
Nota:
1. Foram considerados apenas os pareceres jurídicos emitidos pela DJEP.
2. O ano de registro na tabela foi definido com base na data de emissão do parecer.

A relevância desses números vai além da quantidade, indicando um comprometimento com a produção de conhecimento e avanços nas áreas abrangidas pelos hospitais administrados pela Ebserh. O avanço de uma cultura de pesquisa posiciona a instituição como um centro de referência no avanço do conhecimento científico no campo da saúde pública, em benefício direto da população assistida pelo SUS. Essa abordagem integrada também impulsiona a missão educacional da Ebserh, fomentando a formação de profissionais de saúde qualificados.

Um exemplo relevante da atuação dos hospitais da Rede em projetos de interesse do SUS é a pesquisa sobre a atrofia muscular espinhal, também chamada de AME 5q, que visa acompanhar até 180 crianças que usaram o medicamento Zolgensma, medicamento de alto custo, incorporado ao SUS.

A pesquisa, iniciada em 2023, é coordenada pelo Hospital Universitário Professor Edgard Santos, da Universidade Federal da Bahia e vinculado à Rede Ebserh, recebe financiamento do Ministério da Saúde e conta com a participação de 18 centros de pesquisa em todo

o país, sendo 14 da Rede Ebserh[31].

O crescimento no número de atividades de pesquisa na Rede Ebserh, como evidenciado pelos dados apresentados, demonstra a sua forte atuação em estudos acadêmicos e clínicos e reflete a versatilidade e a importância da Rede no panorama da pesquisa no Brasil, contribuindo para o avanço científico em várias frentes, desde a pesquisa básica até ensaios clínicos multicêntricos.

5 CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE PESQUISA CLÍNICA

O Código Civil, Lei n.º 10.406/2002, possui título específico que disciplina os contratos em geral, no qual constam as diretrizes gerais para a celebração, no que se destaca a liberdade contratual, desde que exercida dentro dos limites da função social do contrato (art. 421); a presunção de paridade entre as partes negociantes (art. 421-A); e a obrigação de guardar, na conclusão e na execução do contrato, os princípios da probidade e boa-fé (art. 422).

A referida lei tipifica diversas espécies de contratos e, embora não preveja um tipo específico para pesquisa clínica, dispõe a respeito da celebração de contratos atípicos, conforme o seu art. 425, que prevê "é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código".

Os contratos atípicos representam a expressão da liberdade contratual dentro do quadro legal, permitindo às partes criar acordos que atendam às necessidades específicas de determinadas situações, como é o caso da pesquisa clínica. Nesse sentido, tem-se comentário doutrinário:

> [...] Determinados tipos de negócios, quando se generalizam e ganham intensidade no tráfico jurídico, devem necessariamente ser objeto de disciplina legal. A doutrina e a jurisprudência preparam as condições básicas para a criação de tipos contratuais a serem consagrados nos códigos. Antecedendo, ainda, à criação legislativa, estão os chamados usos e costumes,

[31] EBSERH. Rede Ebserh/MEC inicia estudo nacional sobre crianças com atrofia muscular espinhal. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/noticias/rede-ebserh-mec-inicia-estudo-nacional-sobre-criancas-com-atrofia-muscular-espinhal>. Acesso em: 30 jan. 2024.

> que vão se formando, engenhosamente, por obra dos que participam dos atos negociais. **Os fatos sociais antecedem a lei**. Os contratos eletrônicos, que estão na ordem do dia, são um exemplo disto.
> **O princípio da liberdade contratual autoriza as pessoas a celebrarem os mais variados acordos, desde que não afrontem às leis de ordem pública e aos bons costumes**. **Da combinação pode resultar uma espécie atípica, não prevista em lei, mas à qual se aplicam os princípios gerais dos contratos**. São atípicos os contratos de cessão de clientela, constituição de servidão a título oneroso, entre outros. A validade dos contratos atípicos foi reconhecida pelo Código Civil de 2002, ex vi do art. 425: "É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código." Tais contratos, no dizer de Mazeaud, Mazeaud e Chabas, **são feitos sob medida, "pois não correspondem a algum dos contratos regulamentados pelo legislador"** [...].
> (NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 3: Contratos. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 82.). (Sem destaques no original).

Especificamente quanto ao contrato atípico para desenvolvimento de pesquisa clínica, Annaluza Dallari expõe:

> [...]
> Ao contextualizar, ainda que brevemente a tipicidade e atipicidade contratual, pode-se definir o contrato de pesquisa clínica como sendo atípico porque não é expressamente previsto, definido ou disciplinado pelo legislador. No Brasil não existe uma lei que regulamente e oriente a dinâmica da operação econômica "pesquisa clínica". O contrato de pesquisa clínica é regido por práticas e declarações internacionais e, ainda, regulamentos "alienígenas" como requisitos

estabelecidos pela Agência Sanitária dos Estados Unidos ("FDA"), para justificar o registro da medicação nesse órgão pelo patrocinador americano. Poder-se-ia questionar essa aplicabilidade num contrato de pesquisa clínica regido pelo direito brasileiro, mas essa é uma das peculiridades do contrato de pesquisa clínica. Ainda, rege o contrato de pesquisa clínica, na medida que não contrarie o direito brasileiro, o código de conduta, política anticorrupção e sua política corporativa de compliance (doravante denominadas "políticas de compliance") do patrocinador estrangeiro. Outra peculiariade que regula esse contrato é a proteção das informações confidenciais e propriedade intelectual, sobretudo quando em jogo está uma molécula patenteada que pertence ao patrocinador e que cuja aplicação esperada é totalmente revelada ao investigador principal e equipe da instituição de pesquisa, que pode resultar na comprovação da eficácia e segurança em seres humanos para o registro de um novo medicamento que pode render milhões para a indústria farmacêutica. Além do mais, o contrato de pesquisa clínica também é regido por regulamentações éticas, sanitárias e resoluções do Conselho Nacional de Saúde, como a Res. 466 de 12.12.2012, que revogou a Res. 196/1996. Sem falar de outras características importantes como a responsabilidade civil, por eventual dano causado ao participante da pesquisa resultante de um evento adverso, e as possibilidades de extinção do contrato, as quais veremos mais adiante.

É por essa complexidade de assuntos que abrange o contrato de pesquisa clínica que seria muito complicado "tipificá-lo", considerando-o um contrato atípico puro, porque não se identificam elementos específicos próprios de diversos tipos legais (atípico misto) não sendo possível, assim, uma combinação entre tipos contratuais para a verificação de um tipo

> prevalente ou correspondente, que facilite a sua interpretação. Portanto, deve ser entendido, interpretado, negociado considerando as suas características, e a própria operação econômica que regula e sua complexidade.
> [...]
> (DALLARI, Annaluza Bolivar. O contrato de pesquisa clínica - Estratégias para a negociação de um contrato atípico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 958, agosto de 2015).

No âmbito da Ebserh, a Norma Ebserh n.º 01/2016 da Presidência define o contrato de pesquisa clínica como "instrumento que sela o acordo entre as diferentes partes envolvidas no desenvolvimento do estudo, a saber: o patrocinador (contratante), o Hospital Universitário Federal (HUF) e pesquisadores (contratados), e o interveniente administrativo[32], que faz a gestão dos recursos financeiros provenientes do patrocinador" (art. 2º, III).

No anexo da norma denominado "Diretrizes Gerais Contratos de Patrocínio para desenvolvimento de Estudos Clínicos" encontra-se uma minuta padrão de contrato de pesquisa clínica disponível para utilização pela Rede Ebserh.

Contudo, na prática, o processo negocial dos contratos de pesquisa clínica se inicia com o patrocinador ou ORPC, que apresenta sua minuta padronizada como ponto de partida para a definição das obrigações entre as partes.

A minuta incorporada na norma desempenha um papel de guia para orientar a Rede Ebserh durante as negociações das cláusulas contratuais. Isso torna-se particularmente relevante, dado que os hospitais da Rede Ebserh atuam como instituições públicas, totalmente integradas ao SUS. Portanto, é imprescindível exercer uma atenção especial para garantir que a celebração do contrato não viole as normas de direito público às quais a Ebserh está sujeita.

Ademais, vale a pena levar em conta os limites de responsabilidades delineados na minuta e na legislação que guia a Ebserh. O entendimento preciso e o respeito rigoroso às normas legais garantem que a instituição mantenha sua integridade financeira,

[32] O interveniente administrativo mencionado na norma é um papel exercido pelas fundações de apoio.

evitando consequências negativas decorrentes de acordos que possam comprometer sua missão pública. Assim, a condução cuidadosa e estratégica das negociações contratuais é essencial para assegurar que a Rede Ebserh cumpra eficazmente suas responsabilidades, sem comprometer os princípios éticos e legais que orientam sua atuação no contexto da saúde pública.

De todo modo, embora os contratos para execução de pesquisa clínica sejam atípicos, eles possuem, em regra, cláusulas que seguem uma mesma estrutura. A partir dessa percepção, a equipe da DJEP fez um levantamento das cláusulas mais frequentes nos contratos analisados pela Divisão no ano de 2023. Segue a tabela com o registro das cláusulas e seu índice de repetição.

Tabela 2 - Cláusulas mais frequentes nos contratos de pesquisa clínica analisados pela DJEP

Cláusulas/Itens	**Percentual de repetição**	**Quantidade**
Qualificação das partes	98,9%	88
Confidencialidade	96,6%	86
Pagamentos/Remuneração	92,1%	82
Vigência	86,5%	77
Foro de eleição brasileiro	83,1%	74
Direitos sobre resultados e/ou propriedade intelectual	82%	73
Responsabilidade civil e/ou indenização	80%	72
Rescisão	79,8%	71
Considerações iniciais	78,6%	70
Contatos e/ou notificações	78,6%	70
Direito à publicação científica	74,1%	66

Obrigações das partes	62,9%	56
Proteção de dados pessoais	62,9%	56
Auditorias e/ou inspeções	60,7%	54
Manutenção de arquivos e/ou registros	60,7%	54
Anti-fraude, antissuborno e/ou anti-corrupção	52,8%	47
Utilização de nome e/ou marca	47,1%	42
Disposições gerais	47,1	42
Cessão do contrato	46%	41
Seguro	40,5%	36
Prevalência do Direito brasileiro	40,5%	36
Publicações e/ou comunicações à imprensa	33,7%	30
Impedimentos funcionais e/ou regras de conduta	33,7%	30
Preâmbulo/Leis aplicáveis	32,6%	29
Objeto	28%	25
Prevalência da versão em português	26,9%	24
Protocolo	22,5%	20
Recrutamento	22,5%	20
Força maior	21,3%	19
Condições para início do estudo	15,7%	14

Definições	11,2%	10
Isenção de responsabilidades da ORPC	10,1%	9
Não oneração do SUS	3,4%	3

Fonte: elaborada pelas autoras a partir de dados corporativos da DJEP.
Nota: A amostra contemplou 89 minutas de contratos submetidas para análise jurídica no período de janeiro a outubro de 2023, excluindo-se os contratos inseridos em processos administrativos sigilosos.

Apesar de haver uma certa padronização no tópico das cláusulas, conforme evidenciado na Tabela 2 acima, é notável que o conteúdo dessas cláusulas apresenta variações consideráveis. Portanto, é imperativo que as partes envolvidas realizem uma análise minuciosa, a fim de mitigar os riscos inerentes.

A análise da Tabela 2 proporciona uma visão abrangente das prioridades e abordagens adotadas pelos patrocinadores nos contratos de pesquisa clínica propostos à Ebserh. Esses dados podem servir como referência valiosa para futuras discussões mais aprofundadas relacionadas a esses contratos, proporcionando um arcabouço sólido para uma compreensão mais completa e uma gestão mais eficaz dos riscos envolvidos.

A cláusula de "Qualificação das Partes" é uma presença constante em praticamente todos os contratos analisados (88 de 89), ressaltando a relevância atribuída à identificação e validação jurídica das entidades envolvidas. Em relação a esse aspecto, é pertinente observar que, frequentemente, as minutas propostas não especificam os representantes das partes, aspecto que requer especial atenção. Isso se deve ao fato de que a identificação desses representantes é essencial para verificar a legitimidade de sua atuação na celebração do contrato no momento da assinatura, assegurando a validade e a eficácia do acordo estabelecido.

A expressiva frequência das cláusulas relacionadas à "Confidencialidade" (86 de 89) e aos "Direitos sobre resultados e/ou propriedade intelectual" (73 de 89) destaca o zelo dos patrocinadores em preservar suas informações confidenciais e segredos comerciais. Essa ênfase reflete o esforço em proteger de forma robusta seus interesses comerciais, particularmente no resguardo da propriedade

intelectual, que pode, por exemplo, envolver a concessão de patentes para medicamentos. Esse padrão reforça a importância atribuída pelos patrocinadores à preservação e valorização de suas inovações, sublinhando a sensibilidade estratégica dessas áreas nos contratos de pesquisa clínica.

As cláusulas relacionadas a "Pagamentos/Remuneração" (82 de 89) e "Vigência" (77 de 89) são também relevantes, pois definem os termos financeiros e a duração dos contratos.

No que se refere à cláusula de vigência, é frequente observarmos sua vinculação a termos iniciais e finais associados a eventos ou acontecimentos cuja data é incerta, o que pode acarretar insegurança jurídica. Essa situação torna-se especialmente evidente quando as previsões são abertas, como o início coincidindo com a data da assinatura do contrato (que pode ocorrer em momentos distintos para as partes) e o término na conclusão do estudo, um conceito intrinsecamente indefinido e sujeito a variações na prática.

Nesse contexto, a abordagem mais apropriada seria estabelecer uma data específica, identificada, permitindo a prorrogação se necessário. Entretanto, observa-se que, na maioria dos casos, os patrocinadores optam por prever um prazo incerto, mencionando apenas que o contrato permanecerá vigente desde a assinatura até a conclusão do estudo. Esse tipo de previsão, ao não definir expressamente o período de vigência, gera significativa insegurança jurídica nos contratos. Esse aspecto merece especial atenção por parte das instituições ou centros de pesquisa, a fim de garantir uma maior clareza e segurança nas disposições contratuais.

A cláusula que estabelece o foro de jurisdição no Brasil adquire especial importância em contratos celebrados com entidades internacionais, desprovidas de representação no país. O objetivo principal é assegurar aos centros de pesquisa que quaisquer disputas judiciais sejam conduzidas no âmbito da Justiça Brasileira. Para uma entidade brasileira, atuar em jurisdição extraterritorial seria tanto custoso quanto complexo.

Essa cláusula é amplamente observada pelos patrocinadores, estando presente em 74 dos 89 contratos analisados. Sua inclusão reflete uma prática comum e estratégica, visando facilitar a resolução de litígios de maneira mais eficiente e acessível para ambas as partes envolvidas, reforçando a preferência pelo sistema jurídico brasileiro em casos de eventuais controvérsias contratuais.

A presença da cláusula de "Responsabilidade civil e/ou indenização" em 72 dos 89 contratos analisados demonstra uma preocupação com a responsabilidade em caso de eventuais danos ou prejuízos. No entanto, essa preocupação não se estende de forma consistente à obrigatoriedade de os patrocinadores contratarem seguros, como evidenciado pela tabela. De fato, apenas 36 dos 89 contratos incluem uma cláusula específica que exige a contratação de seguro por parte dos patrocinadores, indicando um ponto de maior cuidado nas negociações contratuais.

A inclusão da cláusula de "Responsabilidade civil e/ou indenização" em 72 dos 89 contratos analisados reflete uma legítima preocupação com a responsabilidade em caso de eventuais danos ou prejuízos decorrentes da execução do estudo clínico. No entanto, observa-se uma lacuna significativa na extensão dessa preocupação em relação à obrigação dos patrocinadores de contratarem seguros, conforme evidenciado pela tabela em análise.

De fato, apenas 36 dos 89 contratos contemplam uma cláusula específica que exige expressamente a contratação de seguro por parte dos patrocinadores. Esse dado revela uma discrepância que merece atenção nas negociações contratuais, indicando um ponto crítico em que a proteção contra riscos não está consistentemente alinhada com a previsão de seguros por parte dos responsáveis pelo estudo.

A necessidade de contratação de seguro pelos patrocinadores é primordial para garantir uma resposta adequada e cobertura financeira em situações imprevistas ou adversas que possam surgir durante a pesquisa clínica. Portanto, considerando a importância desse aspecto para os centros de pesquisa, a inclusão mais consistente de cláusulas que exijam a contratação de seguros pode fortalecer a integridade dos contratos, proporcionando uma proteção mais abrangente e equilibrada para todas as partes interessadas.

Apesar da baixa incidência da cláusula "Isenção de responsabilidades da ORPC" (apenas 9 de 89 contratos), sua presença nas minutas propostas demanda atenção cuidadosa. Essa cláusula tende a surgir em contratos assinados exclusivamente pelas ORPCs, sem a participação direta dos patrocinadores. Em tais casos, pode ocorrer que a instituição ou centro de pesquisa não tenha acesso aos acordos estabelecidos entre as ORPCs e os patrocinadores.

Assim, se o contrato for assinado com a inclusão dessa cláusula, a ORPC efetivamente se isenta de qualquer responsabilidade,

enquanto a instituição ou centro de pesquisa fica desprovida de um instrumento jurídico eficaz para compelir os patrocinadores ao cumprimento de suas obrigações. Esse cenário pode gerar vulnerabilidades para a instituição, comprometendo sua capacidade de assegurar o cumprimento integral dos termos contratados e a devida proteção de seus interesses.

Portanto, a análise cuidadosa e, quando apropriado, a revisão ou negociação dessa cláusula são essenciais para garantir uma distribuição justa e equitativa de responsabilidades entre todas as partes envolvidas, assegurando uma base contratual sólida e equilibrada para o desenvolvimento bem-sucedido de pesquisas clínicas.

Por fim, um ponto importante observado na análise da Tabela 2 é a inserção da cláusula de "Não oneração do SUS", prevista apenas em 3 das 89 minutas analisadas. Essa cláusula, geralmente, não é proposta pelos patrocinadores. No entanto, dada a natureza da Ebserh, é fundamental que o contrato expresse de forma evidente a aplicação dessa regra abrangente. O objetivo é garantir que, em nenhuma circunstância, a pesquisa clínica, especialmente a patrocinada pela indústria farmacêutica, prejudique o funcionamento dos serviços de saúde oferecidos no âmbito do SUS.

A cláusula, portanto, assume um papel fundamental para preservar a integridade e o acesso contínuo aos serviços de saúde pública, evitando qualquer impacto negativo decorrente das atividades de pesquisa. Ao estabelecer de maneira inequívoca essa diretriz no contrato, a Ebserh reforça seu compromisso com a manutenção da qualidade e disponibilidade dos serviços de saúde no âmbito do SUS, garantindo que a pesquisa clínica patrocinada não gere ônus ou comprometa a eficiência do sistema público de saúde, harmonizando os objetivos da pesquisa com o compromisso institucional de servir à comunidade de forma integral e responsável.

6 ESTRATÉGIAS FUTURAS PARA ATUAÇÃO DA EBSERH NA PESQUISA CLÍNICA

Como exposto, usualmente as minutas dos contratos celebrados pelos HUFs da rede Ebserh para condução de pesquisa clínica são propostas pelos patrocinadores e negociadas individualmente, a cada pesquisa clínica executada no âmbito dos hospitais da rede.

Contudo, é necessário ter em mente que esses HUFs compõem a maior rede de hospitais públicos universitários do Sul Global[33], presente em todas as regiões do país. Assim, os hospitais da Ebserh têm a oportunidade de atuar de forma integrada, fortalecendo a sua posição no cenário nacional das pesquisas clínicas.

Para aprimorar a eficiência da sua atuação, a Ebserh pode implementar estratégias que otimizem e padronizem o fluxo processual e os procedimentos relacionados à execução de pesquisa clínica em toda a rede. Isso aumentaria a eficiência interna e potencializaria a competitividade em comparação com outros centros de pesquisa que operam de forma isolada.

Dentre as estratégias possíveis, destaca-se a adoção do que é conhecido como "contrato master". Este consiste em um acordo abrangente que estabelece os termos e condições gerais para a condução de pesquisas clínicas entre as partes envolvidas. Esses contratos são comumente utilizados na indústria farmacêutica para facilitar a colaboração recorrente entre patrocinadores, instituições de pesquisa e outros parceiros envolvidos em ensaios clínicos.

O contrato master estabelece os termos padrão que serão aplicados a todos os futuros protocolos de pesquisa executados por meio da parceria entre as partes envolvidas. Esses termos podem abranger responsabilidades, confidencialidade, propriedade intelectual, seguros, proteção de dados, entre outros aspectos. A partir de sua assinatura, um amplo acordo entra em vigor, aplicável a todas as pesquisas subsequentes. Durante as negociações desses estudos, as partes concentram-se em aspectos específicos, como vinculação a um protocolo de pesquisa particular, definição do investigador e equipe, orçamento, plano de aplicação e prazo de vigência.

Os contratos master oferecem uma estrutura sólida e predefinida, simplificando o processo de personalização para atender às particularidades de cada estudo clínico, o que facilita as negociações com os patrocinadores e agiliza a revisão e aprovação dos contratos, reduzindo significativamente os prazos envolvidos.

Essa abordagem possui o potencial de transformar a dinâmica contratual da Ebserh, estabelecendo uma base padronizada que

[33] Retrospectiva Ebserh: Destaques de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/rede-ebserh-tv/institucional/retrospectiva-ebserh-destaques-de-2023>. Acesso em: 26 jan. 2024.

proporciona segurança jurídica e facilita a gestão eficiente de contratos em toda a rede. Além disso, ao adotar contratos master, a instituição posiciona-se de maneira mais robusta para lidar com um aumento no volume de estudos clínicos, promovendo a atratividade da rede Ebserh para patrocinadores e fortalecendo seu papel como uma instituição de pesquisa clínica confiável e eficiente.

Uma estratégia adicional de grande relevância para a Ebserh, enquanto entidade integrante do SUS e com presença em todas as regiões do país, seria buscar uma estreita colaboração com o Ministério da Saúde. Essa abordagem envolveria a concentração dos esforços da Ebserh em pesquisas direcionadas para atender às demandas específicas do SUS, alinhando-se de forma mais estreita com as prioridades e desafios do sistema público de saúde brasileiro.

Ao focar nas necessidades do SUS, a Ebserh poderia se tornar uma peça fundamental na condução de pesquisas que visam melhorar a eficiência, eficácia e acessibilidade dos serviços de saúde oferecidos à população. Isso reforçaria o compromisso da Ebserh com o propósito fundamental do SUS e poderia fortalecer sua posição como um agente estratégico na promoção de avanços significativos no campo da pesquisa clínica.

Uma maneira concreta de atrair estudos patrocinados e apoio financeiro seria por meio de uma atuação direta da Ebserh nas pesquisas executadas no contexto do Proadi-SUS.

Ao alinhar suas pesquisas com as prioridades do Proadi-SUS, a Ebserh pode garantir recursos adicionais para seus projetos, além de estabelecer uma sinergia mais estreita com as políticas de saúde governamentais, potencializando o impacto positivo das pesquisas conduzidas pela Ebserh e reforçando seu papel como uma instituição comprometida com a melhoria contínua do SUS.

Em última análise, ao direcionar seus esforços para atender às necessidades específicas do sistema público de saúde brasileiro e ao buscar colaboração ativa com o Ministério da Saúde, a Ebserh pode não apenas fortalecer sua posição no cenário da pesquisa clínica, mas também contribuir significativamente para o avanço e aprimoramento do sistema de saúde como um todo. Essa abordagem estratégica demonstraria um compromisso claro com o bem-estar da população brasileira e consolidaria a Ebserh como uma líder visionária na promoção da pesquisa e inovação em saúde pública.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo ressalta de maneira proeminente a relevância da Rede Ebserh no contexto da pesquisa clínica no Brasil, enquanto a maior rede de hospitais públicos universitários no Sul Global. Destaca-se, sobretudo, o relevante papel desempenhado pela Rede na promoção da pesquisa clínica, com ênfase no tratamento e/ou cura de doenças que impactam diretamente no SUS.

Ao realizar uma análise histórica e normativa, o artigo evidencia como o Brasil superou desafios éticos e morais, alinhando-se aos padrões internacionais de pesquisa — alinhamento fundamental para consolidar a credibilidade e a excelência das pesquisas clínicas realizadas no país.

Dentro do escopo da Rede Ebserh, merecem destaque iniciativas como o Programa EpecSUS e o sistema Rede Pesquisa, que desempenham papéis importantes na condução da pesquisa clínica.

A abordagem minuciosa da estratificação das cláusulas mais recorrentes nos contratos de pesquisa clínica, conforme analisado pela DJEP, sublinha a importância de uma formulação e/ou revisão contratual detalhada, para proteger os direitos das instituições ou centros de pesquisa e dos participantes, bem como garantir a definição precisa de responsabilidades por parte dos patrocinadores e/ou ORPCs.

Além disso, o artigo propõe uma evolução nas estratégias contratuais da Rede Ebserh, sugerindo a adoção de "contratos master", ação que tem o potencial de simplificar as negociações e fortalecer a posição da Rede em pesquisas clínicas de abrangência nacional e internacionalmente, contribuindo para uma condução mais eficiente e ágil dos estudos.

Outra estratégia apontada é a de ampliação da participação da Ebserh em iniciativas como o Proadi-SUS e o fortalecimento da colaboração com o Ministério da Saúde, passos vistos como positivos para diversificar as pesquisas realizadas pela Rede e reforçar seu papel crucial no desenvolvimento da saúde pública.

Em resumo, a Rede Ebserh possui uma ampla janela de oportunidade para se posicionar como um ator estratégico e fundamental na condução de pesquisas clínicas no Brasil. Ao contribuir significativamente para o desenvolvimento científico e para a melhoria da saúde pública nacional, a Rede pode desempenhar um papel central no avanço da pesquisa clínica no país.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Anvisa). Anvisa apresenta harmonização do Brasil ao ICH. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2018/anvisa-apresenta-harmonizacao-do-brasil-ao-ich#:~:text=Anvisa%20no%20ICH,-Atualmente%20a%20Anvisa&text=A%20Ag%C3%AAncia%20foi%20aceita%20como,ICH%20at%C3%A9%20novembro%20de%202021>. Acesso em: 09 jan. 2024.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Anvisa). Anvisa participa da 47ª reunião do ICH. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2023/anvisa-participa-da-47a-reuniao-do-ich>. Acesso em: 09 jan. 2024.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Anvisa). Instrução Normativa n.º 20, de 2 de outubro de 2017. Dispõe sobre procedimentos de inspeção em Boas Práticas Clínicas para ensaios clínicos com medicamentos.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Anvisa). Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n.º 9, de 20 de fevereiro de 2015. Dispõe sobre o regulamento para a realização de ensaios clínicos no Brasil.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Anvisa). Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n.º 10, de 03 de março de 2015. Dispõe sobre o regulamento para a realização de ensaios clínicos com dispositivos médicos no Brasil.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Anvisa). Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n.º 548, de 30 de agosto de 2021. Dispõe sobre a realização de ensaios clínicos com dispositivos médicos no Brasil.

ANSCHAU F., AREDES NDelA., REVEIZ L., et al. Cohort study protocol of the Brazilian collaborative research network on COVID-19:

strengthening WHO global data. BMJ Open 2022;12:e062169. doi:10.1136/ bmjopen-2022-062169.

BINSFELD, Pedro Canisio; FERREIRA, Danilo Avelar Sampaio. Importância da Pesquisa em Seres Humanos. p. 50. In: ANDRADE, Rosires Pereira de; MATIA, Graciele de (org.). Pesquisa em seres humanos na área de saúde [recurso eletrônico]. Curitiba: CHC-UFPR/Ebserh, 2021. ISBN 978-65-89713-98-2 (E-book).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011. Autoriza o Poder Executivo a criar a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh).

BRASIL. Lei n.º 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Manual do Proadi-SUS. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_proadisus.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Proadi-SUS. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/proadi-sus>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 6007, de 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9527106&ts=1703608674446&disposition=inline&_gl=1*1o7jrg2*_ga*Mjc0NDA3OTEuMTcwNDc0NDcyOQ..*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNDc0NDcyOC4xLjEuMTcwNDc0NTgzOC4wLjAuMA.>. Acesso em: 09 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). Resolução n.º 1, de 13 de junho de 1988. Aprova normas de pesquisa em saúde.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). Resolução n.º 466, de 12 de dezembro de 2012. Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). Resolução n.º 580, de 22 de março de 2018. Regulamenta o disposto no item XIII.4 da Resolução CNS n.º 466, de 12 de dezembro de 2012.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). Resolução n.º 674, de 06 de maio de 2022. Dispõe sobre a tipificação da pesquisa e a tramitação dos protocolos de pesquisa no Sistema CEP/Conep.

DALLARI, Annaluza Bolivar. Contrato de pesquisa clínica: aspectos práticos e jurídicos. Revista dos Tribunais. 1. ed. 2020. E-pub.

DALLARI, Annaluza Bolivar. O contrato de pesquisa clínica - Estratégias para a negociação de um contrato atípico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 958, agosto de 2015.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Ebserh participa de iniciativa da Opas para pesquisar pessoas internadas e com sequelas de covid-19 no Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/noticias/ebserh-participa-de-iniciativa-da-opas-para-pesquisar-pessoas-internadas-e-com-sequelas-de-covid-19-no-brasil>. Acesso em 09 jan. 2024.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Estatuto Social. Aprovado na Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 24 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao-e-normas/rede-ebserh/estatuto-social_24maio2023-1.pdf/>. Acesso em: 20 dez. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Divisão Jurídica de Ensino e Pesquisa. Dados corporativos. Ano de referência: 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Norma de relacionamento entre a Ebserh e as Fundações de Apoio. Regulamenta o relacionamento da Administração Central e dos Hospitais Universitários Federais da Rede Ebserh com fundações de apoio para desenvolvimento de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/boletim-de-servico/sede/2022/anexos/norma_de_relacionamento_entre_a_ebserh_e_as_fundacoes_de_apoio_vf.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2024.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Norma Operacional Ebserh n.º 01/2016 da Presidência. Apoia os Setores Jurídicos na análise de contratos de patrocínio para o desenvolvimento de estudos clínicos. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/ensino-e-pesquisa/pesquisa-clinica/no_cpit_29mar2016.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Portaria-SEI n.º 11, de 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/boletim-de-servico/sede/2021/boletim-de-servico-no-1012-26-02-2021>. Acesso em: 20 dez. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Rede Ebserh/MEC inicia estudo nacional sobre crianças com atrofia muscular espinhal. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/noticias/rede-ebserh-mec-inicia-estudo-nacional-sobre-criancas-com-atrofia-muscular-espinhal>. Acesso em: 30 jan. 2024.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Relatório Integrado de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/transparencia/copy_of_RelatorioIntegrado20221.pdf>. Acesso em 30 jan.2024.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH). Retrospectiva Ebserh: Destaques de 2023. Disponível em:

<https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/rede-ebserh-tv/institucional/retrospectiva-ebserh-destaques-de-2023>. Acesso em: 26 jan. 2024.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (Fiocruz). Fiocruz lidera no Brasil ensaio clínico Solidarity (Solidariedade) da OMS. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-lidera-no-brasil-ensaio-clinico-solidarity-solidariedade-da-oms>. Acesso em: 20 dez. 2023.

HOSPITAL ISRAELITA ALBERT EINSTEIN. Coalizão COVID-19 Brasil. Disponível em: <https://www.einstein.br/pesquisa/coalizao-covid-brasil>. Acesso em: 20 dez. 2023.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR HARMONISATION OF TECHNICAL REQUIREMENTS FOR PHARMACEUTICALS FOR HUMAN USE. History. Disponível em: <https://www.ich.org/page/history>. Acesso em: 20 dez. 2023.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 3: Contratos. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Plataforma Clínica Global da OMS para COVID-19: Dados para a resposta da saúde pública. Relatório sobre a caracterização clínica da COVID-19 Brasil, Junho 2021. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/54817>. Acesso em: 09 jan. 2024.

Proadi-SUS. Sobre o Programa. Disponível em: <https://hospitais.proadi-sus.org.br/sobre-o-programa>. Acesso em: 20 dez. 2023.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Civil brasileiro na disciplina da pesquisa com seres humanos. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 116-146, jul./out. 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i2p116-146.

ARTIGOS SELECIONADOS

A EVOLUÇÃO E OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DA OPORTUNIDADE DE NEGÓCIO NA EBSERH

THE EVOLUTION AND CHALLENGES OF IMPLEMENTING THE BUSINESS OPPORTUNITY AT EBSERH

Vitor Humberto Sampaio Netto[1]
Livia de Moura Monteiro Rocha[2]
Michel Pinheiro Gomes[3]

Resumo
A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) foi criada para reformular hospitais universitários federais, aumentando a flexibilidade de gestão e resolvendo desafios legais, com o objetivo de garantir maior dinamismo e eficiência. Este artigo discute o instituto da "oportunidade de negócios", previsto no artigo 28, §3º, inciso II da Lei n.º 13.3030/2016, que tem por objetivo viabilizar as parcerias pleiteadas pelas empresas estatais, visando a busca por maior eficiência e inovação, bem como a implementação de novas estratégias, desde que em conformidade com suas finalidades estatutária. Esse instituto, busca ativamente promover a eficiência e o alcance de metas públicas, alinhadas ao princípio da eficiência. Buscou-se destacar as particularidades de sua formalização, à luz da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), bem como sua aplicação pelas demais empresas públicas, sociedade de economia mista e a possibilidade, a evolução, os desafios e os benefícios de sua aplicação no âmbito da Ebserh.
Palavras-chave: Oportunidade de Negócios. Lei das Estatais. Empresa pública. Sociedade de Economia Mista. Ebserh.

[1] Graduado em Direito pela Universidade do Distrito Federal (UDF). Especialista em Direito Tributário (UNIDERP) e Legislação Tributária (Fortium). Advogado da Conab de 2013 a 2017. Desde 2017 advogado da Ebserh.
[2] Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE), Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal (Uninassau). Conciliadora (TJ-BA) de 2015 a 2018. Atualmente advogada da Ebserh.
[3] Graduado em Direito pela Uninorte. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio. Advogado na EBSERH, atua na área de Licitações e Contratos desde 2014.

Abstract
The Brazilian Hospital Services Company (Ebserh) was created to reformulate federal university hospitals, increasing management flexibility and resolving legal challenges, with the aim of ensuring greater dynamism and efficiency. This article discusses the "business opportunity" institute, provided for in article 28, §3º, item II of Law n.º 13.3030/2016, which aims to facilitate partnerships requested by state-owned companies, aiming at the search for greater efficiency and innovation, as well as the implementation of new strategies, as long as they are in accordance with its statutory purposes. This institute actively seeks to promote efficiency and the achievement of public goals, aligned with the principle of efficiency. We sought to highlight the particularities of its formalization, in light of the jurisprudence of the Federal Audit Court (TCU), as well as its application by other public companies, mixed-capital companies and the possibility, evolution, challenges and benefits of its application within the scope of Ebserh.
Keywords: Business opportunity. State-Owned Companies Law. Public Company. Mixed Economy Company. Ebserh.

1 INTRODUÇÃO

A Ebserh surgiu com a proposta de atribuir nova modelagem jurídica-institucional aos hospitais das universidades públicas federais e garantir maior flexibilidade à gestão, em relação àquelas normas a que estão sujeitas a Administração Direta. Alguns dos objetivos principais, segundo a Exposição de Motivos Interministerial ao Projeto de Lei do Executivo[1], foram dar solução às dificuldades operacionais e à vulnerabilidade jurídica encontrada, como, por exemplo, solucionar os questionamentos do TCU e do Ministério Público Federal (MPF) quanto ao funcionamento institucional, bem como proporcionar um modelo de gestão mais eficiente.

As empresas públicas e sociedades de economia mistas surgiram como uma tentativa de promover maior eficiência e agilidade

[1] Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4194077&ts=1630418093935&disposition=inline&_gl=1*ygs8r8*_ga*ODAwMjEwNjc1LjE2OTI0ODUzMjk.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MjQ4NTMyOS4xLjAuMTY5MjQ4NTMyOS4wLjAuMA..>. Acesso em: 14 set. 2023.

na atuação do Estado em diversos setores, partindo-se do pressuposto de que as pessoas jurídicas de direito público possuíam amarras e controles que impediam uma atuação eficiente, visando assim, em última instância, uma melhor gerência institucional.[2]

Assim, o presente artigo é direcionado à análise do instituto da oportunidade de negócios; visando pontuar suas particularidades, alinhada ao entendimento jurisprudencial do TCU. Além de verificar como o instituto está sendo aplicado em empresas públicas e sociedades de economia mista de modo amplo, bem como a possibilidade de ser aplicado no âmbito da Ebserh.

É importante pontuar que as empresas estatais, muito embora respeitem as limitações e procedimentos de direito público, possuem natureza jurídica de direito privado, o que, na busca por maior eficiência, possibilita a formalização de parcerias que sejam alinhadas à realidade do mercado.

Nesse contexto, a Lei n.º 13.303 de 2016, conhecida como Lei das Estatais, trouxe em seu artigo 28, § 3º, inciso II, a chamada "oportunidade de negócio", como caso especial de dispensa de licitação, em seu sentido lato, para a realização de contratos:

> Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.
> [...]
> § 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

[2]SAMPAIO, Alexandre Santos. A não incidência da Licitação nas empresas Estatais: O embate entre a liberdade empresarial e a licitação pública. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. E-book.

> [...]
> II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

As oportunidades de negócio, com a conjugação de elementos das parcerias empresariais e das contratações públicas, objetivam viabilizar parcerias com agentes privados para a consecução de objetos ou de objetivos, que a empresa estatal não teria capacidade de obter ou desenvolver, ou, se empreendesse, por conta própria, haveria consequências que violariam, de maneira desarrazoada, o princípio da busca pela vantagem competitiva[3], ou seja, o dispositivo legal possibilita a diminuição da assimetria concorrencial das estatais em relação às suas congêneres privadas[4].

A aplicação da estrutura de negócio empresarial pelo Estado ao empregar ferramentas do direito privado, visa a consecução e o alcance de metas públicas, apoiando-se, em última instância, no princípio da eficiência[5].

O entendimento é que no desenvolvimento do objeto social da empresa pública e da sociedade de economia mista, essas parcerias busquem atingir um resultado comum esperado mediante práticas mais eficientes na atuação empresarial do Estado.

Nesse sentido, a Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, autorizou a criação da Ebserh, empresa pública federal vinculada ao Ministério da Educação, cujo objetivo é gerir os hospitais universitários federais, na forma de "empresa", adotando como modelo de gestão a lógica gerencial própria de empresas privadas[6].

---

[3]SAMPAIO, Alexandre Santos. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.
[4]BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e Contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei n.º 13.303/2016. 3ª ed. São Paulo: JusPodv, 2023. 124 p.
[5]ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. Parcerias empresariais público-privadas: As parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na Lei das Estatais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. 12 p.
[6]BARCELOS, Márcio; BORGES, Janile Cristine Pereira; RODRIGUES, Márcio Silva. Empresarização da Saúde Pública: o caso da Ebserh. 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/4417/441760643006/html/>. Acesso em: 14 set. 2023.

Conforme previsto no artigo 3º, da referida Lei, a finalidade principal da Ebserh é a prestação de serviços gratuitos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres.

Identifica-se no artigo 4º, da Lei n.º 12.550/2011, que o campo de atuação da Ebserh ainda pode abarcar outras atividades, desde que inerentes às suas finalidades.

Desta forma, as disposições sobre oportunidades de negócios também são aplicáveis à Ebserh, que pode formalizar parcerias em qualquer das suas finalidades sociais.

2 OPORTUNIDADE DE NEGÓCIO

A Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, atendendo aos requisitos do artigo 22, inciso XXVII, e do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, introduziu normas específicas para orientar as práticas de aquisição, contratação e demais acordos contratuais no contexto das empresas públicas e sociedades de economia mista.

O artigo 28, caput, da Lei n.º 13.303/2016 estabelece a necessidade da realização de licitação, como regra fundamental, para as contratações feitas por essas empresas estatais.

Nesse sentido, o planejamento da contratação deve ser cuidadosamente estudado pela equipe competente e deve prever, na medida do possível, os benefícios, riscos e o detalhamento de todos os pontos de atenção da futura contratação. Trata-se, em verdade, de executar um modelo pré-definido de necessidade do ente estatal, por exemplo, havendo a necessidade de aquisição de um bem, o procedimento pressupõe a especificação detalhada desse bem para que a necessidade do ente estatal seja satisfeita com a entrega do objeto específico esperado. Ou seja, é um modelo de contratação linear.

Há, entretanto, situações em que a exigência pela licitação não será observada. A Lei das Estatais prevê hipóteses em que o procedimento licitatório é dispensado ou inexigível: 1) o artigo 29 traz os casos de dispensa de licitação, quando o procedimento licitatório pode ser realizado, mas é mais vantajoso não realizar a licitação; 2) o artigo 30 dispõe dos casos de inexigibilidade de licitação, quando comprovada a inviabilidade de competição.

Mas as exceções não se esgotam nessas previsões, visto que a Lei n.º 13.303/2016 ainda traz a previsão, em seu § 3º do art. 28, que embora tenha a expressão "dispensada", trata-se, na verdade, de hipótese de "inviabilidade" de licitação, e não se confunde com os casos de inexigibilidade ou de dispensa de licitação previstos nos arts. 29 e 30 da referida lei, por referir-se a uma previsão mais abrangente[7].

Acerca disso, Dawison Barcelos e Ronny Charles reputam que o termo "licitação dispensada", da Lei n.º 13.303/2016, para o artigo 28, § 3º, seja um equívoco de natureza técnica, tendo em vista que são casos que se dissociam da licitação dispensada e da inexigibilidade, inclusive em relação aos procedimentos da fase interna.

O art. 28, § 3.º, I, da Lei 13.303/2016 prevê a licitação dispensada para contratações relacionadas às atividades finalísticas das empresas estatais, sendo àquelas definidas nos respectivos objetos sociais. Nesse ponto, observa-se que o legislador desobriga a necessidade de licitação para as contratações relacionadas às atividades finalísticas das empresas estatais.

Entretanto, o art. 28, § 3.º, II, da Lei 13.303/2016 prevê a inaplicabilidade da licitação para os casos em que a escolha de parceiros das estatais esteja vinculada a oportunidades de negócio, "justificada a inviabilidade de procedimento competitivo".

Nesse contexto, Rafael Carvalho Rezende Oliveira,[8] acrescenta:

> De acordo com o TCU, são requisitos para a contratação direta de empresa parceira, com fundamento no art. 28, § 3.º, II, da Lei 13.303/2016: a) avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas; b) configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou

[7]BRITO, Tiago da Cunha. As parcerias decorrentes de oportunidades de negócio na Lei das Estatais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/as-parcerias-decorrentes-de-oportunidades-de-negocio-na-lei-das-estatais/872967173>. Acesso em: 14 set. 2023.

[8]OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 94 p.

> contratuais, nos moldes do art. 28, § 4.º, da referida Lei; c) demonstração da vantagem comercial para a estatal; d) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e e) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.
>
> As hipóteses de licitação dispensadas contempladas nas "oportunidades de negócio" referem-se aos casos de associações cooperativas estratégicas formalizadas por empresas estatais, tais como os consórcios empresariais, joint ventures, aquisição de participações societárias no mercado etc. Não obstante a menção à expressão genérica "parcerias" e outras formas "contratuais", entendemos que a interpretação não pode acarretar a licitação dispensada para celebração de contratos bilaterais de prestação de serviços que não tenham relação específica com o objeto social das empresas estatais, sob pena de a licitação ser afastada, de forma ampla, de todas as contratações promovidas pela entidade, inclusive os contratos de concessão de serviços públicos comuns (Lei 8.987/1995) ou especiais (Lei 11.079/2004).

O inciso II do § 3º do art. 28 tratou da oportunidade de negócios e o § 4º, do mesmo artigo, utiliza uma relação exemplificativa, para demonstrar como pode se dar a oportunidade de negócio, da seguinte forma:

> § 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a

> aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

A hipótese de inaplicabilidade de licitação retratada no dispositivo legal assume a compreensão de que a atividade empresarial é dinâmica e pautada por uma racionalidade econômica que exige maior flexibilidade e sucessivas adaptações às práticas do mercado, principalmente quando exercida em ambiente concorrencial[9].

Luiz Eduardo Altenburg de Assis[10] conceitua oportunidade de negócio:

> [...] conceitua-se a oportunidade de negócio na Lei n. 13.303/2016 como sendo a modalidade de contratação das empresas estatais caracterizada por uma situação singular propícia à criação ou extinção de parcerias empresariais, transferência de participações societárias e outras contratações com finalidade associativa ou de desestatização que, pelas especificidades da atividade empresarial e características do parceiro privado, são logicamente incompatíveis com o regime geral de licitações e contratações por dispensa e inexigibilidade de licitação das empresas estatais.

Assim, quando presentes as circunstâncias definidoras da oportunidade de negócio, resta configurada a competência da empresa estatal para a escolha do parceiro privado diretamente ou através de procedimento competitivo, que não se submete às disposições do

[9]ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. As parcerias em oportunidades de negócio na Lei n.º 13.303/2016. 2019. Disponível em: <https://www.mnadvocacia.com.br/as-parcerias-em-oportunidades-de-negocio-na-lei-no-13-303-2016#:~:text=13.303%2F2016%20determina%20%C3%A9%20que,especificidades%20da%20oportunidade%20de%20neg%C3%B3cio>. Acesso em: 14 de set. de 2023.
[10]ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. op. cit., p. 105.

Capítulo I do Título II da Lei n.º 13.303/2016, mas sempre em função de características particulares relacionadas a determinada oportunidade de negócio específica e definida.

Ainda sobre o tema foram propostos dois enunciados na I Jornada de Direito Administrativo, promovido pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), vinculados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)[11]:

> Enunciado n.º 27
> A contratação para celebração de oportunidade de negócios, conforme prevista pelo art. 28, § 3º, II, e § 4º da Lei n. 13.303/2016 deverá ser avaliada de acordo com as práticas do setor de atuação da empresa estatal. A menção à inviabilidade de competição para concretização da oportunidade de negócios deve ser entendida como impossibilidade de comparação objetiva, no caso das propostas de parceria e de reestruturação societária e como desnecessidade de procedimento competitivo, quando a oportunidade puder ser ofertada a todos os interessados.
> Enunciado nº 30
> A "inviabilidade de procedimento competitivo" prevista no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei n. 13.303/2016 não significa que, para a configuração de uma oportunidade de negócio, somente poderá haver um interessado em estabelecer uma parceria com a empresa estatal. É possível que, mesmo diante de mais de um interessado, esteja configurada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Na oportunidade de negócio, a parceria estratégica surge da seleção de um parceiro em conta de suas características particulares, com a subsequente confirmação da impossibilidade de conduzir um

[11]Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

processo licitatório. Trata-se de uma atuação estratégica que traz grande vantagem e eficiência nas atividades das empresas estatais.

Cabe destacar que o termo parceria deve ser compreendido de forma ampla, levando-se em consideração menos os aspectos formais da nomenclatura utilizada no documento de formalização e mais o conteúdo material que se está negociando, com a intenção de união de esforços para o cumprimento de um objetivo comum[12] e, desde que, exista peculiaridades na parceria e no parceiro que justifique a incompatibilidade com o procedimento licitatório.

Esse instituto se observa quando a contratação se baseia não em critérios especificamente definidos e sim na flexibilização das opções do mercado, embora não seja possível estabelecer de antemão quais os critérios de estruturação e seleção do parceiro privado para todas as parcerias, também não cabe fixar, indistintamente, um conjunto de regras preestabelecidas. As especificidades dessas relações associativas é que reclamam o afastamento da disciplina tradicional de contratação pública, para viabilizar a formação dessas parcerias empresariais público-privadas. O excesso de objetividade de um Edital que impede qualquer forma de negociação substancial, bem como, as exigências estritamente formais que trazem morosidade às tratativas são circunstâncias que simplesmente tendem a inviabilizar a formação de parcerias empresariais, impossibilitando o aproveitamento dessas oportunidades de negócio[13].

Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho complementam[14]:

> O objeto dessas contratações especiais difere, por exemplo, da manutenção de equipamentos ou da compra de chapas de aço para serem usadas na linha de montagem de automóveis. As contratações especiais não são de serviços

[12]SAMPAIO, Alexandre Santos. op. cit.

[13]ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. As parcerias em oportunidades de negócio na Lei N.º 13.303/2016. 2019. Artigo online. Disponível em: <https://www.mnadvocacia.com.br/as-parcerias-em-oportunidades-de-negocio-na-lei-no-13-303-2016#:~:text=13.303%2F2016%20determina%20%C3%A9%20que,especificidades%20da%20oportunidade%20de%20neg%C3%B3cio>. Acesso em 14 de set. de 2023.

[14]ROSILHO, Andre; SUNDFELD, Carlos Ari. Empresas estatais e contratos sem licitação. 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/524/edicao-2/empresas-estatais-e-contratos-sem-licitacao>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

> padrão que possam ser descritos em abstrato, com máxima objetividade, para seleção por menor preço. São situações que supõem elevado grau de confiança técnica e moral, bem como capacidade empresarial especial do parceiro privado, as quais não têm como ser medidas por elementos apenas formais ou por critérios matemáticos. São, enfim, situações em que o caráter pessoal importa, em que se exige o estabelecimento de conexões estreitas entre equipes – conexões entre pessoas – o que depende da existência de sinergias em nível que não é viável medir de modo exato em procedimentos super objetivos.
> […]
> A inviabilidade de competição a que alude o inciso II não é sinônimo de fornecedor único. A expressão deve ser compreendida como inviabilidade de licitação em virtude de sua inadequação como método de seleção, ou seja, como impossibilidade de a empresa estatal se limitar às comparações e avaliações puramente objetivas, descoladas de aferição mais acurada, que vá além das formas, por abranger aspectos imateriais complexos, inclusive a independência, a confiabilidade técnica e moral e o apetite empresarial do proponente.

Facilitando a compreensão, Dawison Barcelos e Ronny Charles, também exemplificam[15]:

> […] imagine-se uma estatal que presta determinado serviço ao público geral (fornecimento de gás, por exemplo), para a qual é necessário investimento em infraestrutura para sua prestação a cada localidade. Suponhamos, então, que uma grande empresa esteja se estabelecendo em localidade não atendida pela estatal e lhe propõe arcar com os custos da implantação da infraestrutura, exigindo em troca garantia de que o contrato de

[15]BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. op. cit., 123 p.

> fornecimento a ser firmado tenha vigência mínima de 10 anos (tempo suficiente para que o ganho econômico da utilização desta fonte de energia possa amortizar os custos do investimento em infraestrutura). Nessa hipótese, parece evidente uma oportunidade de negócio interessante, que justifica a não aplicação das regras licitatórias para a parceria firmada.

Observa-se que a oportunidade de negócio, para se concretizar, tem que avaliar a viabilidade real de estabelecer um relacionamento comercial, mediante a comprovação que se trata de um negócio bem definido, sendo uma oportunidade única para a estatal. Deve-se destacar a singularidade do parceiro e os benefícios para a empresa estatal, exclusivamente disponíveis nessa oportunidade de negócio, bem como demonstrar a inviabilidade de um processo competitivo.

A singularidade da empresa parceira deve ser comprovada pela existência de suas características peculiares, em relação a outras empresas no mercado, no contexto do negócio visado pela empresa estatal.

A seleção da empresa parceira deve ser fundamentada em suas características distintivas, que evidencie a vantagem competitiva perante outras empresas no mercado, com a finalidade que a estatal deseja. Ao considerar esses atributos, o gestor público deve definir com precisão os aspectos que diferenciam a empresa parceira.

É ressaltado ainda que a escolha do parceiro de negócio deve sempre aderir aos princípios legais que regem a administração pública, como legalidade, imparcialidade e interesse público. Portanto, quando há múltiplas opções de parceiros, a seleção deve ser justificada, respaldada por estudos técnicos que explicam a preferência, alinhando-se aos princípios da administração pública.

A participação em oportunidades de negócios por empresas públicas pode oferecer várias vantagens e inovações no âmbito dos serviços prestados pelas estatais, seja público ou privado. Por exemplo, uma parceria pode gerar receita adicional, com os lucros sendo reinvestidos para melhorar os serviços públicos, bem como contribui com a missão da empresa pública, alinhando-se com os seus objetivos públicos.

As oportunidades de negócio também podem estimular a inovação e o desenvolvimento de tecnologias para o cumprimento da missão pública institucional, aumentando a competitividade das estatais no mercado, como também melhoram a sua gestão e eficiência.

Vale destacar que a oportunidade de negócios é cabível tanto para as estatais, que prestam serviços públicos, como para as que atuam na atividade econômica concorrencial, como analisou Luiz Eduardo Altenburg de Altenburg de Assis[16]:

> Nesse contexto, as empresas estatais buscam formar parcerias para expandir suas atividades a setores até então inexplorados e realizar empreendimentos de alto custo, risco e complexidade. O fenômeno dissemina-se em todos os campos onde atuam as empresas estatais, tanto na exploração de atividade econômica em sentido estrito, quanto na prestação de serviços públicos, em contratações relacionadas às atividades finalísticas e nas chamadas atividades-meio, ora no Brasil, ora no exterior, corroborando a impertinência dessas distinções no que diz respeito à identificação de um campo propício à técnica empresarial. Em suma, cada vez mais parcerias são estruturadas como estratégia para dinamizar a atuação das empresas estatais, adequando-as à realidade do mercado e formando, como consequência, verdadeiros conglomerados empresariais sob a alçada direta ou indireta do Estado.
>
> Para atender a todos esses objetivos, a legislação atinente às maiores empresas estatais brasileiras prevê a adoção de parcerias empresariais no desenvolvimento de suas atividades. Os diplomas aludem à possibilidade de constituição de subsidiárias e sociedades de propósito específico, aquisição de consórcios, dentre outras formas associativas societárias ou contratuais tipicamente empresariais. O essencial é que o modelo seja adotado como

[16]ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. op. cit., p. 168.

> instrumento de persecução do interesse público subjacente ao objeto social de cada estatal.

Assim, conclui Luiz Eduardo Altenburg de Assis[17]:

> 15º) As parcerias em oportunidades de negócio da Lei nº 13.303/2016 constituem verdadeiras parcerias empresariais ou joint ventures público-privadas. Nessa qualidade, possuem natureza jurídica de contrato associativo firmado entre empresa estatal e empresa privada para o desenvolvimento e exploração conjunta de um empreendimento econômico de interesse de ambas as partes, mediante compartilhamento de riscos e resultados, e que, em última análise, atende ao interesse público definido em lei que legitima a atuação empresarial do Estado, seja na prestação de serviços públicos, seja na exploração de atividades econômicas em sentido estrito.

Portanto, todas essas especificidades autorizam o enquadramento das parcerias entre empresas estatais e empresas privadas como uma nova modalidade de parceria público-privada lato sensu, seja na atividade econômica em sentido estrito, seja na prestação de serviço público.

3 ANÁLISE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O TCU, já tratou sobre o tema "oportunidades de negócio" em alguns julgados. No Acórdão n.º 3.230/2020[18], abordou a natureza diferenciada dessa contratação, afirmando que:

---

[17]Ibid., p. 275

[18]BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 3.230/2020. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 02/12/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3230%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

> 168. Para o professor Aragão, ao celebrar um contrato de sociedade, não se está contratando a realização de uma obra ou de determinado serviço, mas, sim, se associando a um terceiro para com ele dividir as obrigações, riscos e lucros de um negócio, em proporções predefinidas.

Reconheceu, no Acórdão n.º 581/2020 – 2ª Câmara[19], por exemplo, a possibilidade de dispensar licitação em razão da inviabilidade de competição:

> […] os contratos de franquia postal não são mais regidos, mesmo que de forma subsidiária, pela Lei 8.666/1993, mas pela Lei 13.303/2016, que autoriza as empresas públicas, como é o caso da ECT, a dispensar a exigência de licitação para aproveitar oportunidades de negócio, incluídas a formação de parcerias e outras formas contratuais

Nesse mesmo sentido, determinou que fosse justificado a inviabilidade de procedimento competitivo no âmbito das parcerias firmadas pelas empresas do Grupo Eletrobrás, nos casos considerados como oportunidades de negócio:

> 9.1.2.1. que, nas situações que venham a ser enquadradas como oportunidade de negócio, somente deixe de promover processos competitivos após restar justificada a inviabilidade desses procedimentos, tendo em vista o disposto no art. 28, § 4º, da Lei

[19]BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 581/2020. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 04/02/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A581%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

> 13.303/2016; (Acórdão n. 1.765/2018-Plenário)[20]

Já no Acórdão 2488/2018 - Plenário[21], o TCU analisou a contratação de Satélite Geoestacionário de Defesa e de Comunicações Estratégicas (SGDC) por oportunidade de negócio e definiu quatro requisitos para a sua aplicação:

> 117. Da leitura desse dispositivo legal, constato que a contratação direta da empresa parceira depende:
> a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do artigo 28 da Lei das Estatais;
> b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advirá para a empresa estatal; e
> c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e
> d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo
> .

Assim, a oportunidade de negócio, para se concretizar, tem que avaliar a viabilidade real de estabelecer um relacionamento comercial,

[20]BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1.765/2018. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 01/08/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1765%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

[21]BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2488/2018. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 31/10/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2488%2520ANOACORDAO%253A2018%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 de set. 2023.

mediante a comprovação que se trata de um negócio bem definido, sendo uma oportunidade ímpar para a estatal. Deve-se destacar a singularidade do parceiro e os benefícios para a empresa estatal, exclusivamente disponíveis nessa oportunidade comercial, bem como demonstrar a inviabilidade de um processo competitivo**.**

4 REGULAMENTOS DE OPORTUNIDADE DE NEGÓCIO DAS ESTATAIS

Os regulamentos de oportunidade de negócio visam dar segurança jurídica aos gestores e atores das empresas públicas envolvidas no processo e na tomada de decisão, dando, inclusive, um norte às oportunidades de negócio definidas e específicas, aos planos de negócios e para a seleção da empresa privada parceira singular ou peculiar à necessidade das estatais.

É possível identificar estatais que já regulamentaram a matéria internamente, e pela relevância, cabível citar os trechos de algumas disposições de Regulamentos de Oportunidade de Negócios já estruturados.

O Regulamento Interno de Celebração de Oportunidades de Negócios (RICON) da Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais (Prodemge)[22] define da seguinte forma os pressupostos indispensáveis para a oportunidade de negócio:

> Art. 2° A celebração de negócios jurídicos relativos às oportunidades de negócio pela Prodemge destina-se a assegurar a seleção de parceiro(s) para execução conjunta de Plano de Negócio da Parceria, cuja escolha deverá estar associada às características particulares do parceiro, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, e sempre justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.
> [...]
> § 2° São pressupostos indispensáveis para celebração de negócio jurídico relativo à

[22]Disponível em: <https://www.prodemge.gov.br/component/phocadownload/category/5700governanca?download=1000:regulamento-interno-de-celebracao-de-oportunidades-de-negocio>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

> oportunidade de negócio regulada nesse Regulamento:
> I - que a avença obrigatoriamente seja relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais da Prodemge e do(s) parceiro(s);
> II - que a forma do negócio jurídico não seja proibida expressamente pela legislação e/ou pelas normas estatutárias da Prodemge;
> III - que reste demonstrada vantagem comercial para a Prodemge;
> IV - que reste comprovado que o(s) parceiro(s) escolhido(s) apresenta(m) condições que demonstrem suas características particulares em relação às demais empresas que atuam naquele mercado;
> V - que reste demonstrada a inviabilidade de procedimento competitivo; e
> VI - que seja formalizado após aprovação de Plano de Negócio da Parceria, na forma deste Regulamento.

Os pressupostos da oportunidade de negócio do RICON da Prodemge[23] trazem os requisitos da Lei n.º 13.303/2016, porém vinculando a oportunidade de negócio aos objetos sociais da empresa. O procedimento foi definido da seguinte forma:

> Art. 6° O procedimento para celebração de negócios jurídicos relativos à Oportunidade de Negócio de que trata este RICON observará as seguintes fases, nesta ordem:
> I - Análise Preliminar;
> II - Elaboração de Plano de Negócio da Parceria;
> III - Aprovação do Plano de Negócio da Parceria;
> IV - Formalização e Execução do Negócio Jurídico

[23]Ibid. Acesso em: 14 de set. de 2023.

Outros Regulamentos também possuem como pressupostos e vinculam a oportunidade de negócio aos objetos sociais, como o da Companhia de Tecnologia e Desenvolvimento S.A[24] de Londrina (CTD) e da Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná (Celepar)[25].

O Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) trouxe no seu regulamento[26], no artigo 4º, as etapas do processo administrativo de oportunidade de negócio. Previu, ainda, um Acordo de Cooperação Técnica de Parcerias de Negócios, em que é realizado um acordo preliminar de cooperação técnica de parcerias de negócios com interessados, por meio do qual se pode prever a realização de testes, experimentos, protótipos, estudos e outras medidas no sentido de avaliar a viabilidade técnica e comercial de oportunidade de negócio, bem como parcerias com Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) para inovação e à pesquisa científica e tecnológica, da Lei n.º 10.973/2004:

> Acordo de parceria para inovação tecnológica: espécie de contrato de parceria em oportunidade de negócio celebrado entre o SERPRO e agente econômico, com objetivo de atuar de forma integrada e desenvolver ações conjuntas para a realização de atividades de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo, na forma do 9º da Lei n. 10.973/2004 e do artigo 35 do Decreto Federal n. 9.283/2018, buscando a obtenção de soluções, visando realização de novos serviços, processos e produtos que contribuirão para o

[24]Disponível em: <https://www.ctdlondrina.com.br/Html/archives/RegulamentoInternodePlanodeNeg%C3%B3cio-RIPN_CTD.v2b.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.
[25]Disponível em: <https://www.celepar.pr.gov.br/sites/celepar/arquivos_restritos/files/documento/2020-08/ricon_regulamento_interno_de_celebracao_de_oportunidade_de_negpocio_cad_0.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.
[26]Disponível em: <https://www.transparencia.serpro.gov.br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/documentos/deliberacao-ge-013-2021.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

> aperfeiçoamento de soluções tecnológicas e na sua disponibilização à sociedade e ao governo.

E ainda trouxe, na sua Seção 5[27], procedimentos para diálogo com agentes econômicos, seja como consulta ou para atrair oportunidade de negócio, cabendo citar:

> **Procedimento de Manifestação de Interesse Privado (PMI):** procedimento consultivo deflagrado mediante edital de chamamento público e/ou carta-convite, por meio do qual o SERPRO identifica e qualifica os agentes econômicos interessados em sugerir soluções e participar da estruturação conjunta de parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio, sem prejuízo da realização de procedimento competitivo em caso de viabilidade de competição.
> **Manifestação de Interesse Privado (MIP):** proposta apresentada em caráter espontâneo e não vinculante por agente econômico interessado em firmar parceria ou outra forma associativa para a exploração conjunta de oportunidades de negócio.
> **Request for Information (RFI):** procedimento de diálogo com agentes econômicos que se destina a solicitar a agentes econômicos previamente identificados como potenciais interessados informações técnicas escritas sobre oportunidade de negócio identificada pelo SERPRO, acompanhado de documento com informações técnicas preliminares e parciais sobre a referida oportunidade de negócio.
> **Request for Proposal (RFP):** procedimento de diálogo com agentes econômicos que se destina a solicitar a agentes econômicos previamente identificados como potenciais interessados, orçamentos e informações técnicas escritas sobre minutas de documentos técnicos, como o plano de negócio preliminar, mapa e matriz de

[27]Ibid. Acesso em 14 de set. de 2023.

> riscos e outros, a fim de consolidá-los para versão definitiva.

Outras grandes estatais como é o caso da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), Banco do Brasil (BB), Caixa Econômica Federal (CEF), Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), visando o desenvolvimento e expansão de suas atividades empresariais, pela constituição de subsidiárias e sociedades de propósito específico, aquisição de participações societárias majoritárias ou minoritárias em empresas privadas e à formação de consórcios, dentre outras formas associativas, societárias ou contratuais, tipicamente empresariais[28].

Destaca-se que não existe um modelo fixo de oportunidade de negócio que seja aplicável e reproduzido de modo igualitário por todas as estatais. As oportunidades serão diferentes a depender do nicho de atuação das empresas[29].

5 OPORTUNIDADE DE NEGÓCIO NA EBSERH

No âmbito da Ebserh, o tema não é algo novo. É possível encontrar previsão sobre a matéria no art. 8º do Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh, versão 1.1(RLCE)[30]:

> Art. 8º Para as hipóteses a seguir descritas, será definido procedimento específico em normativo interno e não se aplicam os dispositivos referentes às contratações e aos procedimentos de licitação:
> I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com o objeto social da Ebserh;
> II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características

[28]ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. op. cit. Acesso em 14 de set. de 2023.
[29]SAMPAIO, Alexandre Santos. op. cit.
[30]Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/legislacao-e-normas-de-licitacoes-e-contratos/normas-vigentes/rlce_rev2022_final_28-04-22.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

> particulares, vinculada à oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo
> Parágrafo único. Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do caput, a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

No Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh, versão 2.0 (RLCE 2.0)[31], a matéria é tratada no seu artigo 192:

> Art. 192. Ressalvado, no que couber, o Capítulo IV - Dos Convênios, este Regulamento não se aplica:
> I - à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com o objeto social da Ebserh;
> II - aos casos em que a escolha do parceiro esteja associada as suas características particulares, vinculadas às oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo;
> III - aos contratos de patrocínio de pesquisa clínica segurança jurídica para o processo e a tomada de decisão;
> IV - aos instrumentos formais de contratualização estabelecidos com os gestores de saúde, no âmbito da Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP), cuja finalidade é a contratação de ações e serviços de saúde ofertados pelas unidades hospitalares da Rede Ebserh no âmbito do Sistema Único de Saúde,

[31]Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/legislacao-e-normas-de-licitacoes-e-contratos/normas-vigentes/rlce_rev2022_final_28-04-22.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

> quando serão observados regramentos próprios, especialmente as condições estabelecidas pela Lei n.º 8.080/1990 e os normativos expedidos pelo Ministério da Saúde;
> V - aos contratos de gestão firmados com as Instituições Federais de Ensino Superior.
> Parágrafo único. Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do caput, a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

No mais, cabível citar que foi previsto no art. 4º do Estatuto Social da Ebserh[32] o seguinte:

> Art. 4º. Ebserh tem por objeto social:
> I - prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à população, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);
> II - administrar unidades hospitalares;
> III - prestar serviços de apoio à gestão hospitalar, com otimização de processos e serviços, implementação de sistema de gestão, monitoramento de resultados, bem como o desenvolvimento de outras atividades afins;
> IV - prestar serviços de consultoria e assessoria em sua área de atuação;
> V - prestar a terceiros serviços secundários operacionais contínuos que sejam relacionados às atividades de assistência à saúde;
> VI - participar de iniciativas de promoção da inovação, como incubadoras, centros de inovação e aceleradoras de empresas;

[32]Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao-e-normas/rede-ebserh/estatuto-social_24maio2023-1.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

VII - prestar serviços de apoio ao ensino, pesquisa e extensão nas diversas áreas do conhecimento com vistas à inovação, ensino-aprendizagem e formação de pessoas no campo da saúde pública, inclusive mediante intermediação e apoio financeiro, observada, nos termos do art. 207 da Constituição, a autonomia universitária e as políticas acadêmicas estabelecidas no âmbito das instituições de ensino;
VIII - promover, estimular, coordenar, apoiar e executar programas de formação profissional contribuindo para qualificação profissional no campo da saúde pública no País;
IX - apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa, cuja vinculação com o campo da saúde pública torne necessária a cooperação, em especial na implementação de residência médica, uniprofissional ou multiprofissional, no campo da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS;
X - prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas, promovendo, estimulando, coordenando, apoiando e executando atividades 5 de pesquisa, desenvolvimento e inovação, com o objetivo de produzir conhecimentos e tecnologia para o desenvolvimento da saúde pública do País;
XI - realizar, na forma fixada pela Diretoria Executiva e aprovada pelo Conselho de Administração, aplicações não reembolsáveis ou parcialmente reembolsáveis destinadas a apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão e inovação na área de saúde;
XII - atuar em projetos e programas de cooperação técnica nacional e internacional com vistas ao desenvolvimento de suas atividades e ao aprimoramento da formação profissional e da saúde pública;
XIII - prestar serviços delegados pelo Governo Federal com vistas ao cumprimento do seu objeto social; e

> XIV - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades.
> § 1º As atividades de prestação de serviços de assistência à saúde desenvolvidas pela Ebserh estarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do SUS.
> § 2º No desenvolvimento de suas atividades de ensino, a Ebserh observará as orientações da Política Nacional de Educação, de responsabilidade do Ministério da Educação.
> § 3º 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.

Posto isso, embora a Ebserh ainda não tenha elaborado o seu regulamento interno de oportunidade de negócios, já foram formalizadas parcerias, com fundamento no art. 28, § 3º, II da Lei 13.303/2016, no campo de pesquisas clínicas que visam a descoberta e validação dos efeitos clínicos, farmacológicos e/ou outros efeitos farmacodinâmicos de um produto, como medicamento, dispositivo ou equipamento, no âmbito da Lei n.º 10.973/2004.

Um regulamento próprio de oportunidade de negócio na Ebserh, como em outras estatais, pode trazer segurança jurídica para o processo escolha do parceiro e das peculiaridades que serão observadas na estatal. Concretizando, assim, as oportunidades de negócio de forma dinâmica e com maior segurança jurídica, podendo desenvolver com grande eficiência e agilidade os objetos sociais em que atua.

5 CONCLUSÃO

A criação da Ebserh surgiu como uma resposta à necessidade de aprimorar a gestão dos hospitais universitários federais no Brasil, buscando alcançar maior agilidade, dinamismo e eficiência operacional. Nesse cenário, pretendeu-se, com a criação dessa empresa pública, que os estabelecimentos de saúde e ensino fossem sujeitos a normativos distintos em relação àqueles que norteiam as Instituições pertencentes à Administração Direta.

O artigo 28, § 3º, inciso II, da Lei n.º 13.303/2016, denominado oportunidade de negócio, estabelece a possibilidade de dinamizar a

atuação das empresas estatais e trazer vantagens e eficiência na atuação do seu objeto social, com a formalização de parcerias para situações que envolvam oportunidades de negócios, desde que se cumpram os requisitos legais estipulados.

A oportunidade de negócio visa uma relação jurídica associativa com empresa em situação peculiar no mercado para viabilizar empreendimentos complexos e/ou estratégicos para os interesses da estatal, possibilitando o alcance apropriado de seus objetivos.

O instituto ainda está em construção e as sociedades de economia mista e empresas públicas precisam explorar mais as vantagens competitivas que essas parcerias proporcionam, com a seleção de um parceiro em conta de suas características particulares.

O TCU, nas suas decisões, reforça que a observância do instituto pelas estatais deve estar alinhado ao disposto na legislação de regência e na verificação de requisitos mínimos que justifiquem a dispensa do procedimento licitatório.

No âmbito da Ebserh, ainda, não foi elaborado um regulamento próprio para tratar de oportunidade de negócio, o que certamente é um empecilho para que esse instituto seja aplicado com maior eficiência tanto na descoberta de novas oportunidades de negócio como para fornecer o apoio interno e garantir um ambiente jurídico sólido para orientar o processo de tomada de decisão.

O regulamento próprio não apenas orientará as oportunidades de negócio definidas de forma específica, mas também direcionará os planos de negócios e facilitará a seleção de parcerias para que promova o crescimento de todos os objetos institucionais previstos.

Portanto, esse instituto, sendo amplamente aplicado, trará grande ganho de eficiência, agilidade, flexibilidade e dinamismo nas atividades da Ebserh na prestação de serviços gratuitos de assistência à saúde no âmbito do SUS e de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. As parcerias em oportunidades de negócio na Lei n.º 13.303/2016. 2019. Disponível em: <https://www.mnadvocacia.com.br/as-parcerias-em-oportunidades-de-

negocio-na-lei-no-13-303-2016#:~:text=13.303%2F2016%20determina%20%C3%A9%20que,especificidades%20da%20oportunidade%20de%20neg%C3%B3cio>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. Parcerias empresariais público-privadas: As parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na Lei das Estatais. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e Contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei n.º 13.303/2016. 3ª ed. São Paulo: JusPodv, 2023.

BARCELOS, Márcio; BORGES, Janile Cristine Pereira; RODRIGUES, Márcio Silva. Empresarização da Saúde Pública: o caso da Ebserh. 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/4417/441760643006/html/>. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 3.230/2020. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 02/12/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3230%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 581/2020. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 04/02/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A581%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1.765/2018. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 01/08/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-

completo/*/NUMACORDAO%253A1765%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2488/2018. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 31/10/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2488%2520ANOACORDAO%253A2018%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 14 de set. 2023.

BRITO, Tiago da Cunha. As parcerias decorrentes de oportunidades de negócio na Lei das Estatais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/as-parcerias-decorrentes-de-oportunidades-de-negocio-na-lei-das-estatais/872967173>. Acesso em: 14 set. 2023.

COMPANHIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Prodemge). Disponível em: <https://www.prodemge.gov.br/component/phocadownload/category/5700governanca?download=1000:regulamento-interno-de-celebracao-de-oportunidades-de-negocio>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

COMPANHIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO PARANÁ (Celepar). Disponível em: <https://www.celepar.pr.gov.br/sites/celepar/arquivos_restritos/files/documento/2020-08/ricon_regulamento_interno_de_celebracao_de_oportunidade_de_negpocio_cad_0.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

COMPANHIA DE TECNOLOGIA E DESENVOLVIMENTO S.A DE LONDRINA (CTD). Disponível em: <https://www.ctdlondrina.com.br/Html/archives/RegulamentoInternodePlanodeNeg%C3%B3cio-RIPN_CTD.v2b.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (Ebserh). Estatuto Social. Disponível em:

<https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao-e-normas/rede-ebserh/estatuto-social_24maio2023-1.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (Ebserh). Regulamento de Licitações e Contratos. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/legislacao-e-normas-de-licitacoes-e-contratos/normas-vigentes/rlce_rev2022_final_28-04-22.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ROSILHO, Andre; SUNDFELD, Carlos Ari. Empresas estatais e contratos sem licitação. 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/524/edicao-2/empresas-estatais-e-contratos-sem-licitacao>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

SAMPAIO, Alexandre Santos. A não incidência da Licitação nas empresas Estatais: O embate entre a liberdade empresarial e a licitação pública. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. E-book.

SAMPAIO, Alexandre Santos. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

SENADO FEDERAL. Legislação. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4194077&ts=1630418093935&disposition=inline&_gl=1*ygs8r8*_ga*ODAwMjEwNjc1LjE2OTI0ODUzMjk.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MjQ4NTMyOS4xLjAuMTY5MjQ4NTMyOS4wLjAuMA>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS (Serpro). Disponível em: <https://www.transparencia.serpro.gov.br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/documentos/deliberacao-ge-013-2021.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS PRECEDENTES DO STF

HEALTHCARE JUDICIALIZATION AND STF PRECEDENTS

Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo[1]

Resumo
O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil e discorrer sobre os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao tema. Inicialmente será debatido o direito à saúde como parte fundamental do direito à vida, analisando a sua garantia amparada na Constituição de 1988 (CF/88). Em seguida, abordar-se-á a questão da judicialização do direito à saúde no ordenamento jurídico e o seu crescimento nas duas últimas décadas. Por conseguinte, será analisada a atuação do STF em relação à judicialização do direito à saúde, oportunidade em que serão examinados os julgamentos dos Recursos Extraordinários n.º 855.178/SE, 657.718/MG e 566.471/RN.
Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Precedentes. Supremo Tribunal Federal.

Abstract
This article aims to analyze the phenomenon of the judicialization of the right to health in Brazil and discuss the precedents established by the Federal Supreme Court (STF) in relation to the topic. Initially, the right to health will be debated as a fundamental part of the right to life, analyzing its guarantee supported by the 1988 Constitution (CF/88). Next, the issue of the judicialization of the right to health in the legal system and its growth in the last two decades will be addressed. Therefore, the STF's performance in relation to the judicialization of the right to health will be analyzed, at which time the judgments of Extraordinary Appeals 855.178/SE, 657.718/MG and 566.471/RN.

[1] Graduada em Direito pela PUC-MG. Mestre em Gestão de Serviços de Saúde pela UFMG. MBA em Licitações e Contratos. Pós-Graduação em Direito Público e em Direito Privado. Advogada Pública e Chefe do Setor Jurídico de Judicial Administrativo da Ebserh.

Keywords: Rigth to health. Judicialization of health. Precedents. Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz o direito à saúde como direito fundamental e universal, precipuamente nos artigos 6º e 196, exigível por meio de uma prestação positiva do Estado (BRASIL, 1988). Essa prestação positiva se encontra expressa nos arts. 197 e 198 da CF/88, que previu a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), disciplinado pelas Leis n.º 8.142/90 e 8.080/90 e as alterações posteriores (SILVA, 2012).

Todavia, nem sempre as medidas estatais conseguem satisfazer por completo as necessidades de toda a população, especialmente em razão dos desafios histórico-culturais e estruturais que o SUS tem enfrentado, do subfinanciamento da saúde no longo dos anos e que se agravou após a aprovação da Emenda Constitucional (EC) n.º 95/2016, congelando por 20 anos os gastos na área da saúde e educação, e da defasagem orçamentária que o Brasil vem enfrentando. (SIMÕES, 2010; GOMES *et al.*, 2014; CARLINI, 2020).

Diante desse cenário, nos últimos anos têm sido ajuizadas inúmeras ações em desfavor dos entes federados para a satisfação do direito fundamental à saúde o que se convencionou chamar de "judicialização do direito à saúde", termo que se tem traduzido como garantia de acesso a bens e serviços. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ], 2020).

A crescente judicialização para o atendimento de ações de saúde, desde a atenção básica, até atendimentos de média e alta complexidade, inclusive, no contexto recente de pandemia da COVID-19, é objeto de especial atenção dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, seja pela novidade da temática, seja por sua complexidade técnica, seja pelo volume significativo de processos, seja porque o próprio ramo do direito que trata da matéria – o Direito Sanitário – ainda se encontra em franco desenvolvimento doutrinário. (CNJ, 2021).

Assim, fica evidente o papel do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente na fixação de parâmetros a serem observados pelo Judiciário nas ações atinentes ao direito à saúde. Por isso, esse artigo busca fomentar reflexões a respeito da judicialização da saúde pela ótica

das teses firmadas pelo STF com repercussão geral, considerando que elas têm o condão de uniformizar a jurisprudência sobre determinados aspectos, como o fornecimento de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); medicamentos experimentais; a solidariedade quanto à responsabilidade dos entes federativos, entre outros.

2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E O AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Os Direitos Fundamentais são os direitos inerentes a todos os seres humanos, reconhecidos por um Estado em um dado momento histórico (CANOTILHO, 1993). São direitos que concedem aos seus titulares um conjunto diversificado de posições jurídicas, podendo extrair do Poder Público variados deveres e obrigações correlatas a cada uma dessas posições (SILVA, 2012).

No Brasil, os Direitos Fundamentais, dentre eles o da saúde, percorreram uma longa trilha até serem de fato, garantidos. Sendo que o direito à saúde somente foi reconhecido com a promulgação da CF/88, quarenta anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo a proteção à saúde ganhado destaque e *status* de norma suprema (MENDES *et al.*, 2018).

O direito à saúde está expressamente elencado como um direito social no art. 6 da CF/88, e o art. 196, por sua vez, garante a efetivação desse direito mediante a elaboração de políticas sociais e econômicas por parte do Estado. Veja-se:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1988).
>
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(BRASIL, 1988).

Por se tratar de um direito social, a saúde requer uma ação positiva por parte do Estado com objetivo de garantir e prover o acesso igualitário e universal às ações e serviços, conforme o disposto nos arts. 197 e 198 da CF/88, que previu a criação do SUS, financiado com recursos advindos de todas as unidades da Federação e guiado pelos ideais de descentralização administrativa, atendimento integral e participação da comunidade, e disciplinado pelas Leis n.º 8.142/90 e 8.080/90. (BRASIL, 1990)

Ainda, estabelece a CF/88, no art. 23, a responsabilidade solidária dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o fornecimento dos bens e serviços de saúde. (BRASIL, 1988)

Entretanto, na realidade social brasileira, o SUS vem passando por significativos desafios em razão de problemas histórico-culturais e estruturais como, por exemplo, o subfinanciamento, o sobrecarregamento, a falta de médicos, além de outras dificuldades administrativas e financeiras. Para mais, as demandas infindáveis comparadas aos recursos limitados têm gerado um descompasso no limite de atendimento aos serviços de saúde. (SALES NETTO, 2016).

E uma vez que as políticas públicas nem sempre conseguem cumprir com sucesso a concretização do direito à saúde para toda a sociedade, cada vez mais o Judiciário vem sendo chamado a solucionar questões relacionadas ao tema, acarretando na judicialização da saúde, que é entendida como o fenômeno das ações judiciais contra o Poder Público para o fornecimento e custeio de tratamentos médicos e/ou medicamentos com base no direito constitucional à saúde. (SIMÕES, 2010; GOMES *et al.*, 2014; CARLINI, 2020; CARVALHO *et al.* 2020).

Estudo desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2021) avaliou o fenômeno da judicialização da saúde e concluiu que há uma demanda cada vez maior pela via judicial para tratar as questões relacionadas às políticas de saúde. Há pedidos por diversos produtos e serviços, incluindo medicamentos, tratamentos no exterior, órteses, consultas médicas, cirurgias, leitos em hospital e mesmo itens de higiene.

Para se ter ideia deste volume, atualmente, são mais de dois milhões de ações sobre saúde e a maioria envolve pedidos de acesso a

procedimentos e medicamentos (CNJ, 2020). Sendo que entre os anos de 2008 e 2017, o número de ações judiciais relativas à saúde aumentou 130% (PAULA; SILVA; BITTAR, 2019; LOPES *et al*., 2019). E no ano de 2022 foram identificados mais de 520 mil processos judiciais relacionados à saúde (CNJ, 2022).

Diversas razões explicam o aumento da judicialização da saúde no Brasil, dentre elas, podemos citar: a) pacientes têm expectativas cada vez mais altas impulsionadas pelo surgimento de novas tecnologias, maior acesso à informação e atuação de empresas farmacêuticas em marketing e fomento da judicialização; b) a melhora no acesso à Justiça no Brasil, tanto pelo crescente número de advogados, quanto pela atuação de Ministério Público e Defensorias Públicas; c) decisões judiciais que dão muito peso à opinião dos médicos dos pacientes autores da ação (mesmo quando essa opinião médica não está embasada em evidências científicas sólidas). (CHIEFFI; BARATA, 2010; PEPE *et al.*, 2010; CONASEMS, 2021)

O Ministro do STF Gilmar Mendes aduz que esse fenômeno se justifica também em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatizando que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria escolhas alocativas, assim quando da escolha devem obediência ao critério de justiça social (MENDES *et al.*, 2018).

De toda forma, importe registrar que, em que pese o fenômeno da judicialização da saúde seja defendido por parte da doutrina nacional, outra parcela desta destaca que inexistem direitos absolutos no sistema jurídico, de forma que as previsões contidas no texto constitucional não conferem ao cidadão o direito ilimitado de postular o recebimento de qualquer medicamento ou tratamento, pela via judicial, necessitando da comprovação específica da eficiência, da eficácia e do custo-efetividade do tratamento. E sustentam, ainda, que a onda da judicialização da saúde seria uma violação ao princípio da separação, ao princípio da reserva do possível e ao princípio da previsão orçamentária. (SCHULZE, 2016).

Para se ter uma ideia, por exemplo, do impacto da judicialização nos cofres públicos, de acordo com o Ministério da Saúde, o dispêndio dos governos brasileiros com a judicialização da saúde teria alcançado o patamar de 7 bilhões anuais só em 2017, consumido parte do orçamento voltado para as ações e programas de

atendimento coletivo da população (GEBRAN NETO, 2019).

De modo que, o fornecimento dos serviços de saúde aos cidadãos brasileiros faz jus a uma análise dicotômica: uma focada no Princípio da Reserva do Possível e outra na perspectiva do Princípio do Mínimo Existencial, que por sua vez vai de encontro com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A efetivação do direito à saúde pelo Judiciário, assim, presume que as políticas públicas que se destinam à vida digna de cada um são o paramento basilar necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais. O direito à vida é uma garantia e uma obrigação constitucional do Estado. No entanto, faz-se necessário buscar um equilíbrio entre os limites de atuação do Estado e o atendimento do direito à saúde, por meio de critérios racionais e razoáveis, que efetivamente possam promover uma efetividade maior para um maior número de pessoas. (MARQUES *et al.*, 2019).

3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A SAÚDE

Na medida em que o direito à saúde ganha um status de direito social insculpido na Carta Magna, ele se reveste de imperatividade e, com isso, passa a demandar a imediata produção de seus efeitos pelo Poder Executivo. No entanto, quando o Poder Público falha no seu dever prestacional na área da saúde, o Poder Judiciário é acionado. (CARLOS NETO, 2017)

E em face do aumento expressivo do número de ações interpostas relacionadas ao direito à saúde na solicitação de tratamento e/ou medicamento, da divergência sobre o tema nos tribunais e da recorrência constante dos pedidos, fica evidente o papel do STF, especialmente na fixação de parâmetros a serem observados pelo Judiciário no deferimento de prestações referentes à saúde (ANDRADE, 2012).

A criação de referências pelo STF além de tornar mais célere esses processos e ajudar os pacientes a alcançarem seus tratamentos de forma mais rápida e eficaz, contribui para a diminuição dos gastos da máquina pública com esses custos extraordinários, podendo, assim, administrar melhor os recursos destinados a manutenção da saúde de milhões de brasileiros.

Fato é que a jurisprudência do STF sobre o direito à saúde há alguns anos vem sendo formada em razão das diversas solicitações de

prestação estatal. Relacionam-se neste rol o "fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criações de vagas de UTI e leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, dentre outros". (OLIVEIRA; CAPELLARI, 2021)

Além disso, o STF também tem se mostrado sensível à necessidade de parâmetros mais claros e de um melhor equilíbrio entre, de um lado, a proteção judicial do direito à saúde e, do outro, a sustentabilidade, eficiência e equidade no SUS. E essa preocupação do STF resultou em três decisões recentes que buscam trazer parâmetros para a atuação judicial: RE 855.178/SE (tema 7938), RE 657.718/MG (tema 5007) e RE 566.471/RN (tema 06).

Essas decisões são paradigmáticas, ou seja, fixam "teses de repercussão geral" com entendimentos que deverão ser aplicados posteriormente pelos tribunais inferiores para casos idênticos. E a aplicação uniforme em casos similares trará, de certa forma, uma previsibilidade para os litigantes, de modo a assegurar o direito à saúde, tornar concreta a segurança jurídica e efetivar a máxima de que todos são iguais perante a lei, já que, quando análogos, as decisões judiciais seguirão o que foi decidido pelos precedentes.

O primeiro precedente, o RE 855.178 RG/SE, versa sobre a "responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde" (tema 793), e possui o seguinte teor:

> Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (BRASIL, 2019a, p.1)

A tese, elaborada a partir do julgamento de Embargos de Declaração opostos no RE 855.178, basicamente, reafirmou a jurisprudência do STF, assentando que as prestações de saúde pleiteadas em sede de judicialização se inserem no rol dos deveres do

Estado, sendo que existe uma responsabilidade solidária dos entes da Federação, podendo, por isso, qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente, figurar no polo passivo da demanda. A Corte ratificou a regra de solidariedade, deixando ao magistrado a tarefa de direcionar o cumprimento das determinações conforme as regras de repartição de competências administrativas e financeiras fixadas dentro do SUS. Assim, cabe ao julgador, dentro de litígio em que se peça dispensação de tecnologia ofertada em política pública do SUS, averiguar, dentro do âmbito de aquisição e distribuição, qual é o ente responsável por aquele fármaco, insumo ou procedimento, ou seja, deve o juiz conhecer as normas do SUS, em especial, a normativa referente ao financiamento da assistência farmacêutica.

O segundo, o RE 657.718 RG/MG, cuja tese de Repercussão Geral sobre o tema 500 foi firmada em 22 de maio de 2019, aborda a obrigação do Estado em fornecer medicamentos sem o registro da ANVISA, e, por consequência, ainda não incorporados pelo SUS. Confira-se a tese:

> 1 O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos
> experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (BRASIL, 2015).

A Corte decidiu que, como regra, a ausência de registro na ANVISA impede o fornecimento de medicamento por decisão judicial, pois, o registro na ANVISA é uma proteção à saúde pública, tendo em vista que, por meio dele, se atesta a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos comercializados no país. Contudo, o STF entendeu possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido, ou seja, no prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016128, quando preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

O terceiro, o RE 566.471/RN, versa sobre o "Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo" (tema 06) e se tornou, em 2019, um novo marco para a judicialização da saúde no Brasil. O processo trata de concessão de medicamento de alto custo e que não consta na lista do SUS, tendo como recorrente o estado do Rio Grande do Norte e como relator o Ministro Marco Aurélio.

Em 11 de março de 2020, o Tribunal Pleno, apreciando o Tema 6 da repercussão geral, negou provimento ao Recurso Extraordinário por maioria (8X1), decidindo que o Estado não é obrigado, como regra, a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica do SUS. A maioria dos Ministros desproveu o recurso, tendo como condutor o voto do relator, ministro Marco Aurélio, entendendo que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado até pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição.

O resultado desse processo foi o estabelecimento de dois requisitos para a avaliação de uma demanda judicial envolvendo medicamentos de alto custo:

> (I) a imprescindibilidade do medicamento, configurada quando comprovado, em processo e por meio de laudo,

> exame ou indicação médica lícita, que o estado de saúde do paciente reclama o uso do medicamento de alto custo para o aumento de sobrevida ou a melhoria da qualidade de vida, quando não haja outro disponível com menor custo e mesma eficácia, e [...]
>
> (II) a incapacidade financeira de aquisição do medicamento do paciente e dos membros da família solidária (i.e., cônjuges ou companheiros, ascendentes, descendentes e irmãos), comprovada por meio da instrução da inicial com declarações dos familiares de que não podem custear o medicamento" (BRASIL, 2020).

O Recurso Extraordinário n.º 566.471 traz, ainda, cinco critérios derivados desses dois requisitos que devem guiar o Poder Judiciário frente a demandas por medicamentos de alto custo: (I) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente; (II) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (III) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (IV) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; (V) a propositura da demanda necessariamente em face da União (BRASIL, 2020).

Assim, os precedentes supracitados, criados pelo STF, são de extrema importância para todos os tribunais brasileiros, nas suas diversas instâncias, uma vez que a fundamentação trazida torna mais clara e homogênea a discussão e decisão sobre a temática da saúde nos demais órgãos judiciários no país, além de trazer uma maior previsibilidade para os litigantes, de modo a assegurar o direito à saúde e tornar concreta a segurança jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em questão demonstrou que a judicialização da saúde está em franca expansão nas últimas duas décadas, especialmente em razão do desfinanciamento da saúde e da defasagem orçamentária que o Brasil vem enfrentado, ensejando em múltiplos casos levados à justiça

brasileira solicitando assistência médica e medicamentos.

A divergência sobre o tema nos tribunais e a recorrência constante dos pedidos faz com que os casos se acumulem nos tribunais nas mais diversas instâncias, o que torna necessária a criação de uma referência. O sistema de precedentes faz com que o Supremo Tribunal Federal, enquanto corte suprema constitucional no Brasil, tenha o importante papel de gerar decisões que funcionem como norteadoras para que os demais tribunais possam fundamentar, de forma homogênea, as suas decisões.

Diante desse cenário, o STF vem desempenhando um papel mais ativo por meio da criação de precedentes sobre o assunto, a exemplo do RE 855.178/SE, do RE 657.718/MG, e do RE 566.471/RN. A expectativa é que essas decisões tornem-se balizas a orientar a magistratura nacional em julgamentos que, muitas vezes, lidam com escolhas baseadas em orçamento limitado e acesso a tratamentos e medicamentos de alto custo e ainda sem registro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Da República Federativa Do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 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. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 566.471/RN. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Diário da Justiça, Brasília, 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 657.718/MG. Relator:

Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça. Brasília, 2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 855.178. 2015. Diário da Justiça, Brasília, 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671. Acesso em: 23 ago. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARLOS NETO, Daniel. Judicialização da Saúde Pública: uma análise contextualizada. Porto Velho: Motres, 2017.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. C. B. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. Rev. Saúde Pública, v. 44, n. 3, p. 421-429, 2010. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0034-89102010000300005. Acesso em: 13 set. 2023.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e eqüidade. Cadernos de Saúde Pública, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-311X2009000800020. Acesso em: 14 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE - CONASEMS. Direito à saúde, judicialização e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 2021. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Cartilha_2_PROVA-3-1.pdf). Acesso em: 14 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ. Agência CNJ de Notícias, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/. Acesso em 15 set.

2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Brasília: CNJ, 2021.

GEBRAN NETO, J. P. Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. In: SCHULZE, C. J.; GEBRAN NETO, J. P. Direito à saúde. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 99-130.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G.. G. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, GLEISON DO PRADO DE; CAPPELLARI, HELOISA CRISTINA LUIZ. A Judicialização e os limites do direito à saúde em face dos entes da federação, 2021. Disponível em:https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Revista-PGE-Artigo-Gleison-e-Heloisa.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

PAULA, C. E. A.; SILVA, A. P.; BITTAR, C. M. L. Expansión del poder judicial en el Sistema Único de Salud Brazileño. Rev. Bioét., v. 27, n. 1, p. 111-119, 2019. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019271293. Acesso em: 14 set. 2023.

SALES NETTO, Pedro Ribeiro de. Judicialização da saúde. Revista de Patologia do Tocantins, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 112-121, dez. 2016. ISSN 2446-6492. Disponível em: https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/patologia/article/view/2922. Acesso em: 14 set. 2023.

SCHULZE, C. J. Judicialização da saúde: novos paradigmas. In: AVANZA, C. S.i (org). Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso. Vitória: EMESCAM, 2016. p. 15-26.

SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIMÕES, A. L. A. A Liderança no contexto dos serviços de saúde. Saúde Coletiva, v. 7, n. 38, p. 40-42, 2010. Disponível em:

https://www.redalyc.org/pdf/842/84212375002.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

VENTURA Miriam; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland; SIMAS Luciana. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Rio de Janeiro: Physis, Revista de Saúde Coletiva, ano 20, volume 1, pp. 77-100, 2010. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext >. Acesso em: 14 set. 2023.

A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS PELAS EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS: MEDIDAS A SEREM IMPLEMENTADAS ANTES DA EDIÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA

THE USE OF THE PRICE REGISTRATION SYSTEM BY FEDERAL STATE-OWNED ENTERPRISES: MEASURES TO BE IMPLEMENTED BEFORE SPECIFIC REGULATION IS ISSUED

Cláudio Maldaner Bulawski[1]
Matheus Viana Ferreira[2]

Resumo
A atuação do Estado é direcionada para o alcance do interesse público. Com o intuito de atender a esse interesse, a Administração Pública desempenha, entre outras responsabilidades, a prestação de serviços públicos. Para realização desses serviços, no âmbito das aquisições governamentais, a Administração Pública é obrigada a seguir um processo de licitação que garanta igualdade de oportunidades a todos os participantes, visando selecionar a proposta mais vantajosa, pautando pelo respeito ao princípio da economicidade. Para aquisições que ocorrem com frequência e envolvem incerteza quanto ao consumo, quando pertinente, os gestores devem recorrer ao sistema de registro de preços, procedimento auxiliar destinado ao registro formal de preços. Este estudo tem como propósito explorar as possíveis estratégias que as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais podem adotar enquanto aguardam a promulgação de um decreto específico que tenha como fim regulamentar o uso do sistema de registro de preços por essas entidades.
Palavras-chave: Licitação. Empresas estatais. Sistema de registro de preços.

[1] Advogado. Chefe do Setor Jurídico de Bens da Ebserh. Graduado em Direito pela UFSM. Pós-graduado em Direito Civil pela UFRGS. Pós-graduado em Licitações e Contratos pelo CERS.
[2] Advogado. Chefe do Setor Jurídico de Serviços da Ebserh. Graduado em Direito pela UFF. Pós-graduado – Modalidade Residência Jurídica – pela UERJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF.

Abstract
The State's action is directed towards achieving the public interest. In order to serve this interest, the Public Administration carries out, among other responsibilities, the provision of public services. For the execution of these services, within the scope of government procurements, the Public Administration is required to follow a bidding process that ensures equal opportunities for all participants, aiming to select the most advantageous proposal, guided by the principle of cost-effectiveness. For acquisitions that occur frequently and involve uncertainty regarding consumption, when relevant, managers must resort to the price registration system, an auxiliary procedure designed for the formal recording of prices. The purpose of this study is to explore the possible strategies that federal public companies and mixed-economy entities can adopt while awaiting the promulgation of a specific decree aimed at regulating the use of the price registration system by these entities.
Keywords: Bidding. State-owned companies. Price registration system.

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Estado, como decorrência do regime democrático e do sistema representativo, deve ser pautada pelo interesse público. A vontade geral da população é extraída do texto constitucional e das normas infraconstitucionais produzidas pelos representantes do povo.

A doutrina administrativista rotineiramente realiza uma divisão do interesse público em primário (interesses diretos do povo) e secundário (interesses do Estado enquanto pessoa jurídica, sendo titular de direitos e obrigações).

Para satisfazer esse interesse público primário, a Administração Pública, dentre outras coisas, presta serviços públicos. Esses, nos moldes definidos no art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), podem ser executados de forma direta pela Administração Pública, ou então, pelo particular, por meio da concessão ou permissão, sempre por meio de uma licitação prévia (execução indireta).

Nesse contexto, ao interpretar o conteúdo do mencionado artigo, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo mencionam que:

Voltando, então, à leitura do *caput* do art. 175 da vigente Constituição, obtém-se que prestação direta do serviço público é a efetuada pelo poder público e, *a contrario sensu*, aquela realizada "sob regime de concessão ou permissão" deve ser tida por prestação indireta. Como ficou demonstrado que somente particulares – e não entidades da administração indireta – devem celebrar contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos a fim de promoverem a respectiva execução, resulta que apenas a prestação de serviços públicos por particulares, mediante delegação, é prestação indireta. E também se conclui que a expressão "poder público" deve ser lida, no dispositivo constitucional ora em exame, como "administração pública", incluídas a administração direta e a indireta.

[…]

Esse raciocínio, porém, não vale – de forma nenhuma! – para entidades da administração indireta de um ente federativo diferente daquele em cuja esfera de competências constitucionais está inserido o serviço público a ser prestado.

[…]

A prestação direta de serviço público é dita centralizada, se for a administração direta que a efetua, e descentralizada, quando promovida pelas entidades da administração indireta.

A prestação indireta de serviço público é classificada, invariavelmente, como prestação descentralizada.

[…]

Na primeira modalidade, denominada descentralização por serviços (ou descentralização mediante outorga legal), uma lei específica cria diretamente uma entidade com personalidade jurídica própria, ou autoriza a criação da entidade, e atribui a ela a titularidade de um determinado serviço público. A lei, desde logo, enumera as competências da entidade que está sendo instituída, ou cuja

> instituição está sendo autorizada. Essa entidade pode ser uma autarquia, uma empresa pública, uma sociedade de economia mista ou uma fundação pública, ou seja, alguma das entidades integrantes da administração pública indireta. (ALEXANDRINO; PAULO, 2019, p. 862-864)

Em outra passagem de sua obra, os referidos autores abordam a viabilidade de as empresas estatais executarem serviços públicos de natureza econômica e também atividades não econômicas:

> Em suma, as empresas públicas e sociedades de economia mista têm por objeto, como regra, o exercício de atividades econômicas em sentido amplo, expressão que abrange: (a) as atividades de produção e circulação de bens e de prestação de serviços de natureza privada (CF, art. 173), inclusive as que estejam constitucionalmente sujeitas ao regime de monopólio da União (CF, art. 177); e (b) a prestação de serviços públicos de natureza econômica (CF, art. 175).
> […]
> Cumpre reiterar, entretanto, conforme foi expendido no tópico sobre a abrangência da Lei nº 13.303/2016, que existem diversas empresas públicas e sociedades de economia mista que têm por objeto o desempenho de atividades não econômicas, a exemplo do exercício de poder de polícia, de atividades regulatórias, ou ainda, de atividades de cunho estritamente social, enquadradas no Título VIII da Carta de 1988 (Da Ordem Social). (ALEXANDRINO; PAULO, 2019, p. 93-94)

A título de exemplo de empresa estatal prestadora de serviços públicos, cuja atividade está inserta no Título VIII da Constituição Federal, pode-se trazer à baila a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh). Trata-se de empresa pública federal, cuja autorização para criação se deu por meio da Lei n.º 12.550/2011, totalmente dependente do tesouro nacional, vinculada ao Ministério da Educação, que tem as seguintes finalidades institucionais

> Art. 3º A EBSERH 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.
> § 1º As atividades de prestação de serviços de assistência à saúde de que trata o caput estarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (BRASIL, 2011)

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a viabilidade de empresas estatais serem prestadoras de serviços públicos de natureza não econômica. Veja-se:

> 1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis).
> 2. **A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro**.
> 3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea "a" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral. (sem destaques no original) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011)

Por sua vez, o conceito de serviço público no Brasil não veio definido na Constituição Federal, nem mesmo na legislação infraconstitucional. Coube, portanto, à doutrina administrativista a definição do seu conceito.

Historicamente, a partir de uma definição francesa de serviço público, a doutrina elaborou três critérios para que uma determinada atividade fosse entendida como serviço público, quais sejam:

> a) critério **subjetivo ou orgânico**: dá relevância ao prestador do serviço público; só considera serviço público aquele prestado diretamente pelos órgãos e entidades estatais, integrantes da administração pública;
> b) critério **material**: confere relevância à atividade, em si mesma considerada, segundo esse critério, as atividades de importância crucial para o grupo social, das quais depende a própria existência deste, devem ser tidas por serviço público; as atividades que visam à satisfação de necessidades coletivas fundamentais deveriam, portanto, ser prestadas como serviço público;
> c) critério **formal**: dá relevância ao regime jurídico sob o qual é desenvolvida a atividade; exige que os serviços sejam prestados sob regime jurídico de direito público, portanto, orientados pelo princípio da supremacia do interesse público (que assegura prerrogativas especiais para a sua prestação) e pelo princípio da indisponibilidade do interesse púbico (que resulta em restrições não existentes no exercício de atividades privadas). (ALEXANDRINO; PAULO, 2019, p. 846)

Ocorre que nem mesmo a doutrina chegou a um consenso a respeito da conceituação do tema. O que se tem de pacífico, todavia, é a desnecessidade de utilizar cumulativamente os três critérios para a formação do conceito, limitando-se ao emprego de apenas um ou a combinação de dois deles.

Com base nesses critérios, a doutrina administrativista pátria buscou conceituar serviço público do seguinte modo: “serviço público

é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado". (MEIRELLES, 2007, p. 330)

Nesse ínterim, quando a Administração, para prestar serviço de interesse público à população, necessita realizar a aquisição de determinados insumos, não pode fazê-la de maneira semelhante às pessoas privadas. Faz-se imprescindível a elaboração de uma licitação, por força de expressa determinação constitucional:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> […]
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

É importante ressaltar que o dispositivo constitucional, na situação descrita, não elimina a necessidade de realizar um procedimento licitatório mesmo quando a execução ocorre de forma descentralizada por uma das entidades da Administração.

Assim sendo, a regra da obrigatoriedade de licitar permanece hígida ainda que o serviço de interesse público seja executado por uma empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista).

O procedimento licitatório, portanto, tem ao fim e ao cabo a função de garantir o interesse público. Além da continuidade dos serviços, a licitação visa fazer com que sua execução implemente a solvabilidade das contas, investindo-se o menor valor possível e prestando-se o melhor tipo de serviço à população (princípio da

eficiência). Essa alocação eficiente de recursos veio expressamente indicada no art. 27 da Lei n.º 13.303/2016:

> Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.
> § 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte […]: (BRASIL, 2016)

É nesse contexto de alcance do interesse público pela execução das atividades finalísticas da estatal que será desenvolvido o presente artigo. A análise será pautada na problemática envolvendo a utilização do procedimento auxiliar do sistema de registro de preços pelas estatais federais, nos decretos regulamentares até então expedidos pela Administração Pública Federal, bem como na edição da novel legislação.

2 HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NO BRASIL

Apesar de estar associado à moderna concepção de otimização da máquina pública, o sistema de registro de preços (SRP) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro há longa data. Ainda que de forma embrionária, percebe-se uma tímida inserção no art. 52 do antigo Código de Contabilidade da União, estabelecido pelo Decreto n.º 4.536/1922. Referido dispositivo previa a possibilidade de empresas se cadastrarem na contabilidade dos Ministérios e outras repartições interessadas, com o objetivo de fornecer bens passíveis de utilização constante, mediante preços pré-estabelecidos e válidos por um prazo mínimo determinado. (BRASIL, 1922)

Mais tarde, o Decreto-Lei n.º 2.300/1986, que regulamentava as licitações à época, mencionou novamente o sistema de registro de

preços. Dessa vez, entretanto, a abordagem se deu de forma mais expressa, apresentando a legislação o seguinte conteúdo: “Art. 14. As compras, sempre que possível **e conveniente**, deverão: [...] II – ser processadas através de sistema de registro de preços”. (BRASIL, 1986)

Na sequência cronológica das legislações nacionais, foi editado o Decreto n.º 449/1992, que instituiu o Sistema Integrado de Registro de Preços (Sirep).

Posteriormente, com a edição da Lei n.º 8.666/1993, revogou-se o Decreto n.º 2.300/1986. A entrada em vigor da Lei Geral de Licitações e Contratos implementou, por sua vez, uma modificação no critério da utilização do sistema de registro de preços para as compras do setor público. Demonstrada a viabilidade da sua utilização, os órgãos e entidades da Administração Pública submetidos aos ditames da lei deveriam adotá-lo, forte se extrai do disposto no inciso II, art. 15 (BRASIL, 1993). Em complemento, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo (BRASIL, 1993) disciplinou que o sistema de registro de preços seria disciplinado por decreto, indicando que a seleção deveria ser realizada por meio da concorrência, com a atualização dos preços registrados e validade não superior a um ano. Para regulamentar a Lei n.º 8.666/1993, foi expedido o Decreto n.º 2.743/1998.

Na sequência normativa, fora editado o Decreto n.º 3.931/2001, revogando o então Decreto n.º 2.743/1998.

No ano de 2002, na busca do aperfeiçoamento das compras públicas no país, foi editada a Lei n.º 10.520, que tinha como finalidade instituir a modalidade do pregão, modalidade esta destinada à aquisição de bens e serviços comuns. Dentre uma das inovações, aduziu que as aquisições de bens e serviços comuns, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei n.º 8.666/1993, que até então utilizavam tão somente a modalidade da concorrência, poderiam adotar a modalidade do pregão.

Com a edição da lei do pregão, o Decreto n.º 4.342/2002 foi editado para adequar o texto do Decreto n.º 3.931/2001 à nova legislação.

Adiante, no ano de 2013, o Decreto n.º 7.892, revogando o Decreto n.º 3.931/2001, passou a regrar a matéria.

Esse era o cenário existente para as entidades da Administração Pública que necessitavam adquirir bens ou contratar serviços para o atingimento de suas finalidades institucionais. Essa regra deveria ser seguida tanto pela administração direta, quanto pelas

entidades da administração indireta, fossem elas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Não existia, portanto, um regramento próprio que disciplinasse a licitação e as contratações das empresas estatais, a despeito de, desde a edição da Emenda Constitucional n.º 19/1998, a Constituição Federal (1988), no art. 173, já contemplar a previsão de que uma lei específica deveria tratar do procedimento da licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações das estatais.

Foi somente no ano de 2016 que foi editada a Lei n.º 13.303 (Lei das Estatais), norma esta que, dentre outras coisas, disciplinou a respeito do procedimento das licitações para as empresas estatais. Essa norma, no inciso III do art. 63, inseriu o sistema de registro de preços como um dos procedimentos auxiliares à licitação.

Por final, foi publicada a Lei n.º 14.133, no dia 1º de abril de 2021, determinando a revogação não só da Lei n.º 8.666/1993, mas também da Lei n.º 10.520/2002 e dos artigos da Lei n.º 12.462/2011, dispositivos estes que regravam o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). A Lei n.º 14.133/2021, além de manter um só texto normativo para guiar as contratações públicas (exceto às das empresas estatais), inovou em inúmeros pontos em comparação às leis até então existentes.

Por derradeiro, foi editado o Decreto n.º 11.462/2023, que tem como finalidade regulamentar os art. 82 a 86 da Lei n.º 14.133/2021, dispondo sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

3 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS COMO UM PROCEDIMENTO AUXILIAR

Apesar de muitas vezes confundido pelos aplicadores da lei, o sistema de registro de preços não é uma nova modalidade licitatória.

O inciso I do art. 2º do Decreto n.º 7.892/2013 trouxe a seguinte definição para o sistema de registro de preços: “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”. (BRASIL, 2013).

Na busca da definição jurídica do instituto, Jorge Ulisses

Jacoby Fernandes, em seu livro "Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico", assim refere:

> Em um primeiro momento, importante se faz não perder de vista o seguinte foco: o SRP trata-se de procedimento administrativo licitatório propriamente dito e, como tal, caracterizado como uma sequência de atos administrativos cujos moldes peculiares o tornam próprio aos casos de eventual contratação de serviços e/ou aquisição de bens de necessidade frequente e cotidiana da Administração Pública em todas as suas esferas.
> Diversamente do que muitos sustentam, o SRP não se trata de mais uma modalidade de licitação (*tomada de preços, convite, etc*), até porque o próprio decreto que o regulamenta traz as modalidades que deverão ser aplicadas ao próprio sistema conforme demonstrar-se-á no subitem seguinte.
> Nesse mesmo sentido, é possível descartar a ideia de que o SRP seria também uma nova modalidade de dispensa ou inexigibilidade de licitação. (FERNANDES, 2015, p. 32)

Este procedimento é operacionalizado por meio de duas modalidades já definidas no sistema jurídico pátrio: a concorrência (art. 22, §1º, da Lei n.º 8.666/1993) ou o pregão (art. 11 da Lei n.º 10.520/2002).

Posteriormente, com a edição da Lei n.º 13.303/2016 (BRASIL, 2016), o sistema de registro de preços veio classificado, pelo art. 63 da citada norma, como um dos procedimentos auxiliares das licitações. No caso em específico das estatais, não estabeleceu a lei modalidades como o fez a Lei n.º 8.666/1993. O procedimento de licitação eletrônica deve seguir unicamente as previsões enumeradas no seu art. 51.

Recentemente, com a edição da Lei n.º 14.133/2021 (BRASIL, 2021), o sistema de registro de preços, mantendo a mesma característica de procedimento auxiliar fixado pela Lei das Estatais, acabou por conservar ainda a sua utilização nas modalidades do pregão e da concorrência, forte se extrai do disposto no inciso XLV dos seus arts.

6º e 78. Além disso, o primeiro dos dispositivos permitiu que o sistema de registro de preços também pudesse ser empregado em contratações diretas.

Nessa toada, com o intuito de afastar a ideia de que o registro de preços seria uma modalidade de licitação, é salutar que se realize uma leitura conjunta dos conteúdos dos arts. 28, *caput* e § 1º, e 78, ambos da Lei n.º 14.133/2021 (BRASIL, 2021). Tais dispositivos enumeram respectivamente as modalidades de licitação permitidas pela nova lei geral de licitações e os procedimentos auxiliares que estas modalidades poderão utilizar.

O registro de preços, portanto, em termos ontológicos e finalísticos, difere-se substancialmente das modalidades empregadas nos processos licitatórios.

4 PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PELAS ESTATAIS PARA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NA ATUALIDADE

Como exposto alhures, foi somente no ano de 2016 que foi editada a Lei n° 13.303 (Lei das Estatais), norma esta que, dentre outras coisas, disciplinou o procedimento das licitações para as empresas estatais. Igualmente já referido, o art. 63 dessa norma inseriu o sistema de registro de preços como um dos procedimentos auxiliares à licitação.

A despeito disso, até o presente momento, a União não realizou a regulamentação de determinados aspectos da referida lei, incluindo aqueles relacionados aos procedimentos das licitações. Um desses pontos é justamente o que abarca o regramento do registro de preços.

Não se pode olvidar, entretanto, que a Lei das Estatais fora regulamentada pelo Decreto n.º 8.945/2016, decreto este que novamente nada abordou a respeito do procedimento do registro de preços. Essa norma, por seu turno, referenciou no art. 71 os dispositivos que não seriam autoaplicáveis. Veja-se:

> Art. 71. O regime de licitação e contratação da Lei nº 13.303, de 2016 , **é autoaplicável, exceto quanto a:**
> **I - procedimentos auxiliares das licitações, de que tratam os art. 63 a art. 67 da Lei nº 13.303, de 2016** ;
> II - procedimento de manifestação de interesse

> privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos, de que trata o § 4º do art. 31 da Lei nº 13.303, de 2016;
> III - etapa de lances exclusivamente eletrônica, de que trata o § 4º da art. 32 da Lei nº 13.303, de 2016;
> IV - preparação das licitações com matriz de riscos, de que trata o inciso X do caput do art. 42 da Lei nº 13.303, de 2016;
> V - observância da política de transações com partes relacionadas, a ser elaborada, de que trata o inciso V do caput do art. 32 da Lei nº 13.303, de 2016; e
> VI - disponibilização na internet do conteúdo informacional requerido nos art. 32, § 3º , art. 39 , art. 40 e art. 48 da Lei nº 13.303, de 2016 .
> § 1º A empresa estatal deverá editar regulamento interno de licitações e contratos até o dia 30 de junho de 2018, que deverá dispor sobre o estabelecido nos incisos do caput, os níveis de alçada decisória e a tomada de decisão, preferencialmente de forma colegiada, e ser aprovado pelo Conselho de Administração da empresa, se houver, ou pela assembleia geral. (sem destaques no original) (BRASIL, 2016)

De imediato, deve-se fazer uma crítica ao texto desse dispositivo. Nos termos do inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, compete ao decreto dispor a respeito da "fiel execução" da lei que está por regulamentar. O Decreto n.º 8.945/2016, por sua vez, foi além, eis que acaba por decidir quais partes da Lei das Estatais seriam autoaplicáveis, função, todavia, que competia à própria Lei e não ao instrumento regulamentador.

Não obstante tais considerações, levando em conta o panorama das regulamentações postas, alguns questionamentos podem ser levantados:

a) É permitido às empresas públicas e sociedades de economia mista utilizarem as regras do Decreto n.º 7.892/2013 enquanto não editada regulamentação própria para as estatais?

b) É permitido às empresas públicas e sociedades de economia mista utilizarem as regras do Decreto n.º 11.462/2023,

decreto este que regulamentou os arts. 82 a 86 da Lei n.º 14.133/2021, até que seja editada regulamentação própria para as estatais?

c) É necessário que as empresas públicas e sociedades de economia mista aguardem a edição de decreto próprio que regre a sistemática do registro de preços para suas contratações ou é viável que a estatal preveja a normatização do regramento desse procedimento auxiliar no seu regulamento interno de licitações e contratos?

As empresas estatais, até a entrada em vigor da Lei n.º 13.303/2016, tinham como praxe, para aquisição de bens e serviços comuns, fazerem uso da modalidade pregão (regido pela Lei n.º 10.520/2002). Para os órgãos da administração pública federal direta e indireta (dentre as quais estão incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista), o art. 4º do Decreto n.º 5.450/2005 (BRASIL, 2005), até então vigente, que regulamentava a Lei n.º 10.520/2002, tornava obrigatória a utilização dessa modalidade. Além disso, deve-se lembrar que o art. 11 da Lei do Pregão (BRASIL, 2002) estendeu a viabilidade de se utilizar a modalidade do pregão também para aquisições efetuadas através do registro de preços, uma vez que, até aquele momento, esse procedimento estava limitado à concorrência.

Pois bem. Sendo a empresa estatal vinculada à União, as compras de bens comuns, sempre que possível, deveriam ser realizadas por meio da modalidade pregão na sistemática do registro de preços. Esse procedimento, por sua vez, estava todo regrado, até a edição da Lei das Estatais, pelo Decreto n.º 7.892/2013. Era, portanto, o procedimento que as estatais usualmente respeitavam para a aquisição de seus bens.

Assim, partindo de uma não-regulamentação do sistema de registro de preços pela Lei das Estatais, nem mesmo pelo decreto que a seguiu, as estatais que nada abordaram sobre o tema em seus regulamentos passaram a ter dúvida quanto à utilização ou não do Decreto n.º 7.892/2013. Além disso, pairava no ar até mesmo a incerteza sobre a edição ou não de decreto próprio para as estatais, eis que já editado o Decreto n.º 8.945/2016.

A respeito dessa temática, um primeiro entendimento que se mostra viável é o de que não haveria a edição de um decreto próprio para regrar os procedimentos estabelecidos na Lei das Estatais, sendo essa a função do Decreto n.º 8.945/2016. Esse posicionamento, contudo, parece não ter sido acolhido nem mesmo pela doutrina, nem mesmo pela jurisprudência das Cortes de Contas consoante se passa a

expor.

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, no Parecer n.º 02307-19, registrou entendimento de que a utilização do sistema de registro de preços pelas estatais pressupõe a edição de decreto regulamentador. Sobre o assunto, assim discorreu:

> Da leitura dos artigos destacados acima, extrai-se que a adoção do SRP pelas empresas estatais pressupõe Decreto regulamentador, de inciativa do Chefe do Poder Executivo de cada esfera federativa, somado à necessidade de normatização da matéria por intermédio de regulamento interno de licitações e contratos que guarde compatibilidade com o disposto na Lei nº 13.303/2016, conforme disciplina o seu art. 40 […] (TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA, 2019).

Por seu turno, abordando especialmente o início da vigência da Lei n.º 13.303/2016 e a possibilidade de se utilizar dos sistemas/regulamentações até então vigentes, Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres referem que:

> […] a partir da análise dos sistemas de registro de preços da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 12.462/2011, afigura-se possível adotar o regulamento previsto ao SRP/RDC às licitações das empresas estatais até a edição do aguardado decreto, salvo regulamentação específica adotada no regulamento interno. A nosso juízo, esta opção apresenta-se suficientemente compatível com os fundamentos axiológicos do Estatuto, corroborado pelo fato de que o art. 66 da Lei n° 13.303/2016 reproduz a integralidade das condições previstas na lei que instituiu o Regime diferenciado de Contratações públicas – RDC.
> […]
> Em interpretação a contrario sensu do disposto no art. 91, §3º, da Lei das Estatais e no art. 71, § 2°, do Decreto federal nº 8.945/2016, a

> solução acima referida também se aplica à hipótese em que, ultrapassados 24 (vinte e quatro) meses a partir da publicação da Lei nº 13.303/2016, o decreto regulamentador do SRP/Estatais não tenha sido editado. (BARCELOS; TORRES, 2018, p. 437)

No mesmo sentido, defendendo a utilização do Decreto nº 7.892/2013 até que seja expedido decreto próprio para a Lei das Estatais, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti aduzem que:

> De acordo com o art. 66 da Leiº 13.303/16, o sistema de registro de preços especificamente destinado às licitações de que trata esse diploma, reger-se-á pelo disposto em decreto do poder executivo. Significa que o processamento da licitação para a formação do registro de preços por empresas públicas e sociedades de economia mista não é autoaplicável, dependendo de regulamentação pelo poder executivo competente. Ou seja, para a produção de efeitos a norma legal depende de norma regulamentar.
> No âmbito das empresas estatais federais aplica-se o Decreto nº 7.892/13, conforme disposto em seu art. 1º, *in verbis*:
> […]
> Mesmo aplicável o Decreto nº 7.892/13, não é demasiada a proposta de vincularem-se as normas atinentes ao sistema de registro de preços das empresas estatais federais a sistema jurídico próprio, ou seja, à publicação de decreto do poder executivo federal específico a essas entidades, com base nas diretrizes gerais da Lei nº 13.303/16.
> Além dessa providência (regulamentação pelo poder executivo), no âmbito das empresas estatais federais faz-se necessária a expedição de regulamento interno que discipline o processamento do sistema de registro de preços e adesões. É que, segundo o art. 71 do Decreto federal nº 8.945/16, o regime de licitação e

> contratação da Lei n° 13.303/16 é autoaplicável, exceto quanto a procedimentos auxiliares das licitações de que tratam os artigos 63 a 67 da Lei, o que significa que as empresas estatais federais devem estabelecer, em regulamento interno, os requisitos e condições necessários à aplicabilidade de todos os procedimentos auxiliares relacionados no art. 63, entre eles o sistema de registro de preços, ainda que este, em rigor, não configure procedimento auxiliar. (PEREIRA JUNIOR; HEINEN; DOTTI; MAFFINI, 2020, p. 604-605).

O posicionamento doutrinário tem se refletido nos julgados do Tribunal de Contas da União e em entendimentos de órgãos de controle interno.

Em reportagem publicada no site da Controladoria Geral do Estado do Mato Grosso, o órgão divulgou mensagem oficial a respeito do seu posicionamento sobre a necessidade de ser expedido decreto específico para regulamentar as licitações e contratações das estatais, bem como de se poder fazer uso das legislações vigentes até que isso ocorra. Veja-se:

> Nos pareceres e nas orientações já emitidos sobre o assunto, a Controladoria argumenta que o posicionamento preponderante entre os estudiosos da questão é quanto à necessidade de edição de decreto específico, pelo chefe do Poder Executivo Estadual, para regulamentar a realização de licitações e contratações submetidas à Lei Federal nº 13.303/16 (estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias), inclusive os certames voltados à operacionalização de sistema de registro de preços pelas estatais.
> Por sua vez, enquanto não for editado o instrumento específico, a CGE defende que, com base na teoria da recepção, as empresas estatais podem continuar a observar as disposições dos decretos que já disciplinavam o

> assunto nos moldes previstos na Lei Federal nº 8.666/1993, a exemplo do Decreto Estadual nº 840/2017, desde que não conflitem com a Lei Federal nº 13.303/2016. (CONTROLADORIA GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO, 2021)

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, no Acórdão 1213/2021 – Plenário, concluiu inexistir irregularidade em se recorrer ao Decreto n.º 7.892/2013 até que seja editado decreto regulamentador próprio das estatais. Para o tanto, o fez calcando-se nos seguintes argumentos:

> 19. É certo que não foi editada a respectiva regulamentação do SRP em atendimento ao art. 66 da Lei 13.303/2016. Todavia, não vejo como irregularidade recorrer-se ao Decreto 7.892/2013 para integrar esse vácuo normativo, até porque é razoável admitir que o procedimento para as empresas estatais tenderia a ser similar, ou mesmo mais flexível, do que o aplicável ao restante da Administração Pública. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021)

O entendimento acima reproduzido não destoa do julgado 1732/2009 do Plenário da mesma Corte, que já havia abordado a viabilidade de as estatais permanecerem utilizando os regramentos da Lei n.º 8.666/1993 enquanto não editada lei que regrasse os procedimentos de licitações e contratos dessas empresas. Veja-se:

> Até que seja editada lei dispondo sobre licitações e contratos das empresas estatais e sociedades de economia mista, em atenção ao art. artigo 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, devem estas observar os preceitos da Lei nº 8.666/1993 e os princípios e regras da Administração Pública. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2009)

Constata-se, por conseguinte, que o consenso predominante e amplamente aceito é o de que, na ausência de um decreto específico do

Chefe do Poder Executivo para regular o funcionamento do sistema de registro de preços para as empresas estatais, a orientação é a de que elas continuem fazendo uso das disposições do decreto que já disciplinava o registro de preços na Lei n.º 8.666/1993 e na Lei n.º 10.520/2002.

Essa interpretação é apoiada na teoria da recepção, a qual estabelece que as normas anteriores à Lei das Estatais são preservadas desde que estejam em conformidade com o sistema da nova lei e seus princípios e fundamentos.

Sobre a temática, Joel de Menezes Niebuhr se posiciona no seguinte sentido:

> Trata-se do fenômeno denominado recepção, bastante conhecido no âmbito do Direito Constitucional, prestante a preservar a vigência das normas anteriores a novo texto constitucional que a ele não sejam contrárias, obrando a favor da segurança jurídica. O mesmo deve ocorrer em relação aos decretos, cujas partes não contraditórias à nova Lei, sucessora da Medida Provisória, são recepcionadas por ela, e, consequentemente, preservadas. (NIEBUHR, 2008, p. 38.)

Respondido o primeiro dos questionamentos alhures transcritos, passa-se a abordar a segunda indagação, qual seja, se seria ou não viável às estatais fazerem uso novel Decreto n.º 11.462/2023.

Diferentemente do Decreto n.º 7.892/2013, trata-se de decreto editado após a existência da Lei das Estatais e que busca regulamentar o sistema de registro de preços nas licitações públicas regidas pela Lei n.º 14.133/2021.

Para que se possa responder à questão, é salutar que se tenha em mente que o Decreto n.º 11.462/2023, no seu art. 40, revoga expressamente, a partir de 30 de dezembro de 2023, o Decreto n.º 7.892/2013. Dessa forma, após essa data, não havendo a publicação de decreto regulamentador da Lei das Estatais, inexistiria outro decreto que regesse a matéria em âmbito federal.

Diante disso, parece razoável que se possa defender dois caminhos distintos.

O primeiro deles direciona-se na viabilidade de se utilizar as regras do Decreto n.º 11.462/2023 às estatais.

A referida conclusão teria como base o próprio teor do entendimento exposto pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1213/2021-Plenário. No mencionado julgado, a Corte de Contas concluiu que seria viável a utilização do Decreto n.º 7.892/2013 pelas estatais referindo que o procedimento para elas "[…] tenderia a ser similar, ou mesmo mais flexível, do que o aplicável ao restante da Administração Pública". (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021)

Partindo desse pressuposto, se a utilização do conteúdo do Decreto n.º 7.892/2013 torna-se viável às estatais justamente pelo fato de o decreto específico para elas ser mais flexível do que as regras daquele, parece evidente que o Decreto n.° 11.462/2023 pode ser empregado às empresas públicas e sociedades de economia mista pelo mesmo motivo. Explica-se.

O Decreto n.º 11.462/2023 trouxe elementos que flexibilizam o procedimento do registro de preços para a Administração Pública e que, por via de consequência, se aproxima mais à realidade das estatais do que o texto até então impresso no Decreto n.º 7.892/2013. Sendo essas pessoas jurídicas de direito privado, para as quais foi estabelecido um sistema jurídico-licitatório menos rígido do que para os demais órgãos e entidades da administração, justamente para que possam competir nos seus respectivos ramos de mercado, torna-se clara a viabilidade de aproveitarem o texto do mencionado decreto, naquilo que não confrontar com as disposições da Lei n.º 13.303/2016, até que seja editado regramento próprio.

Como exemplo dessa desburocratização, pode-se citar a autorização normativa contida no art. 22 (BRASIL, 2023) de que as atas de registro de preços agora podem ser firmadas pelo prazo de um ano e prorrogadas por igual período, desde que comprovada a vantajosidade de tal procedimento. Tal medida evita, ou ao menos diminui, a probabilidade de que os órgãos lancem mão de contratações diretas no caso de as licitações, que tinham como fim substituir a contratação anterior, restem frustradas/fracassadas. Apresenta-se, portanto, como uma alternativa para o regular abastecimento das instituições até que novo certame seja finalizado.

Soma-se a isso a autorização que o novel decreto ofertou para revisão dos valores registrados na ata de registro de preços. De acordo com o texto inserto no art. 27 (BRASIL, 2023), havendo comprovação de que o preço de mercado se tornou superior ao preço registrado, não

tendo o fornecedor condições de cumprir as obrigações estabelecidas na ata, abre-se a ele a possibilidade de requerer ao gerenciador a alteração do preço registrado, desde que comprovada a ocorrência de fato superveniente. Demonstrada documentalmente essa situação, o órgão gerenciador atualizará o preço registrado, de acordo com a realidade dos valores praticados pelo mercado.

A medida supracitada é de extrema relevância para a continuidade da prestação de serviços essenciais, eis que impede a solução de continuidade no fornecimento de insumos imprescindíveis ao funcionamento das instituições. No período da pandemia, ainda que com entendimento contrário já consagrado pela Advocacia-Geral da União, muitos órgãos lançaram mão desse instituto para conceder aos fornecedores a viabilidade de correção dos preços praticados, circunstância considerada fundamental para que os serviços públicos, principalmente os ligados à área de saúde, não entrassem em colapso diante da falta de materiais no mercado e da elevação abrupta do custo desses insumos.

Apenas para fins de registro, interessante mencionar ainda que essa última medida trazida pelo Decreto n.º 11.462/2023, apesar de muito comemorada no âmbito federal, não é inovadora na Administração Pública. O Estado do Rio Grande do Sul já possuía no texto do Decreto n.º 53.173, de 16 de agosto de 2016, normativa que regulamenta o sistema de registro de preços no referido Estado, a viabilidade de se majorar o preço registrado em ARP após pleito do fornecedor. Disciplina o art. 21 do referido decreto:

> Art. 21. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir com o compromisso, o órgão gerenciador poderá aceitar a solicitação de revisão do preço registrado a partir dos motivos e dos comprovantes apresentados pelo fornecedor, com base em nova pesquisa de mercado, preservando a economia obtida no procedimento licitatório.
> § 1º Após trinta dias da protocolização do requerimento de revisão, sem que o órgão gerenciador tenha se manifestado conclusivamente quanto ao requerido, o fornecedor poderá requerer a suspensão da emissão de novos pedidos de entrega de bens ou

> de prestação de serviços.
> § 2º Viabilizada a negociação, o novo valor registrado, que constará no termo aditivo, terá efeito retroativo à data do protocolo do pedido.
> § 3º Caso frustrada a negociação, caberá ao órgão gerenciador:
> I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, se confirmada a pertinência da motivação apresentada; e
> II - convocar os demais fornecedores constantes no CR, observada a ordem de registro e de classificação, para assegurar igual oportunidade de negociação.
> § 4º A emissão que trata o § 1º deste artigo refere-se à convocação para firmar o contrato ou à aceitação de instrumento equivalente.
> § 5º Caso a motivação apresentada pelo fornecedor não seja acolhida pela Administração Pública Estadual, o descumprimento da obrigação de fornecer ensejará a aplicação das sanções cabíveis. (RIO GRANDE DO SUL, 2016)

Por fim, deve-se reforçar que o Decreto n.º 11.462/2023 pode ser empregado pelas estatais apenas naquilo que não for incompatível com o conteúdo da Lei n.º. 13.303/2016. Sobre este ponto, ambas as medidas citadas (prorrogação da vigência da ARP e reajuste dos seus preços) não encontram vedação ou incompatibilidade no texto da Lei n.º 13.303/2016.

No que concerne à validade do registro, a Lei das Estatais, diferentemente do § 3º do art. 15 da antiga Lei n.º 8.666/1993, não limita a vigência da ata de registro de preços em apenas um ano. No inciso IV do § 2º do art. 66 da Lei n.º 13.303/2016, a norma apenas referiu que o registro de preços, dentre outras condições, deveria definir a validade do registro, abrindo margem, portanto, para fixação de prazo mais elastecido.

No mesmo sentido, ao tratar da revisão dos preços, apenas citou a obrigatoriedade de se estabelecer uma "rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados", não vedando, por conseguinte, que haja uma atualização nos moldes propostos pelo Decreto n.º 11.462/2023.

Transpassada a análise do segundo questionamento, passa-se a seguir a abordar a terceira indagação.

A resposta à terceira pergunta perpassa por um estudo conjunto do art. 66 da Lei n.º 13.303/2016 e do art. 71 do Decreto n.º 8.945/2016.

Disciplina o art. 66 da Lei das Estatais que o "sistema de registro de preços especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei reger-se-á pelo disposto em decreto do Poder Executivo" (BRASIL, 2016). Nesse sentido, ainda no ano de 2016, fora editado o Decreto n.º 8.945, que buscou regulamentar a Lei n.º 13.303/2016. O art. 71 deste decreto, anteriormente já reproduzido, referiu alguns institutos da Lei das Estatais que seriam autoaplicáveis e outros que dependeriam de regramento posterior.

Da leitura do dispositivo, constata-se que não seriam autoaplicáveis os procedimentos auxiliares das licitações, dentre os quais se insere o do sistema de registro de preços. Para tanto, o conteúdo do parágrafo 1º menciona que as estatais deveriam editar regulamento interno de licitações e contratos, o qual deveria dispor sobre o estabelecido nos incisos do *caput*. Ora, sendo o sistema de registro de preços um dos institutos que, diante da não autoaplicabilidade da lei, deveria ser regrado no regulamento interno da estatal, parece razoável se defender que as estatais não necessitariam aguardar um decreto regulamentador específico sobre a temática, podendo regrar os procedimentos do SRP em seus próprios regulamentos internos.

Nesse norte, caberia a cada estatal disciplinar as regras do sistema de registro de preços que melhor se adaptem às suas realidades, desde que observados, por óbvio, os limites estabelecidos pela própria Lei das Estatais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública tem como um de seus objetivos satisfazer o interesse público, e uma das maneiras pelas quais ela busca alcançar esse objetivo é por meio da prestação de serviços públicos. Quando essa execução se dá pelo poder público, diz-se que se realiza de forma direta. Ela é dita ainda centralizada se for prestada pela própria administração direta e descentralizada quando executadas pelas entidades da administração indireta.

Dentro da administração indireta, as empresas públicas e as sociedades de economia mista têm a capacidade de oferecer serviços

públicos. No entanto, para fornecer esses serviços, elas precisam adquirir bens. Essa aquisição não segue o mesmo processo das empresas privadas, uma vez que há uma exigência constitucional de conduzir um processo de licitação público.

O procedimento de licitação tem como objetivo fundamental garantir o interesse público, principalmente por meio do cumprimento do princípio da eficiência. No contexto das licitações, é bastante comum no Brasil a realização de certames que fazem uso do sistema de registro de preços como uma ferramenta auxiliar para o processo de contratação.

Nesse ínterim, somente no ano de 2016 foi promulgada a Lei n.º 13.303, também conhecida como Lei das Estatais. Essa legislação aborda diversos aspectos relacionados às empresas estatais, entre os quais se destaca a regulamentação dos procedimentos de licitação. No contexto dessa lei, o art. 63 introduziu o sistema de registro de preços como um dos procedimentos auxiliares para a condução das licitações.

No entanto, é importante ressaltar que, até o presente momento, a União ainda não efetivou a regulamentação de certos elementos dessa lei, incluindo aqueles que dizem respeito a alguns procedimentos das licitações. Um desses aspectos pendentes de regulamentação é precisamente o que engloba as diretrizes para o funcionamento do sistema de registro de preços.

Partindo desse cenário, três indagações são formuladas:

a) É permitido às empresas públicas e sociedades de economia mista utilizarem as regras do Decreto n.º 7.892/2013 enquanto não editada regulamentação própria para as estatais?

b) É permitido às empresas públicas e sociedades de economia mista utilizarem as regras do Decreto n.º 11.462/2023, decreto este que regulamentou os arts. 82 a 86 da Lei n.º 14.133/2021, até que seja editada regulamentação própria para as estatais?

c) É necessário que as empresas públicas e sociedades de economia mista aguardem a edição de decreto próprio que regre a sistemática do registro de preços para suas contratações ou é viável que a estatal preveja a normatização do regramento desse procedimento auxiliar no seu regulamento interno de licitações e contratos?

No que tange à primeira das perguntas, concluiu-se que tanto a doutrina como alguns órgãos de controle se posicionaram favoravelmente à utilização do Decreto n.º 7.892/2013 enquanto não editada a regulamentação do SRP em atendimento ao art. 66 da Lei n.º 13.303/2016. Essa conclusão se baseia na teoria da recepção, que

sustenta que as normas existentes antes da promulgação da Lei das Estatais são mantidas válidas, desde que estejam em harmonia com a estrutura da nova legislação, assim como seus princípios e fundamentos.

A resposta à segunda indagação tem como ponto de partida a conclusão a que se chegou para resposta ao primeiro questionamento. Se a possibilidade de as empresas estatais se utilizarem do conteúdo do Decreto n.º 7.892/2013 se deve à maior flexibilidade do decreto específico para elas em comparação às regras daquele, é razoável concluir que o Decreto n.º 11.462/2023 também pode ser aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mista pelo mesmo raciocínio.

O Decreto n.º 11.462/2023 introduziu elementos que ampliam a flexibilidade do procedimento de registro de preços para a Administração Pública, o que, por consequência, se aproxima do procedimento buscado pelas estatais. Considerando que essas entidades possuem natureza jurídica de direito privado e estão sujeitas a um regime licitatório menos rígido para competir em seus setores de mercado, torna-se evidente a possibilidade de adotar, desde que em consonância com as disposições da Lei n.º 13.303/2016 e até que regras próprias sejam estabelecidas, as disposições do referido decreto.

Por fim, em resposta ao último dos questionamentos, concluiu-se que, sendo o sistema de registro de preços um dos mecanismos que, devido à não autoaplicabilidade da legislação, deveria ser detalhado no regulamento interno da entidade estatal, é plausível sustentar que as estatais não precisariam aguardar por um decreto regulamentador específico sobre esse assunto. Em vez disso, essas entidades poderiam estabelecer os procedimentos do sistema de registro de preços em seus próprios regulamentos internos, interpretação que se extrai a partir de uma análise conjunta do art. 66 da Lei n.º 13.303/2016 e do art. 71 do Decreto n.º 8.945/2016.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 27ª ed. São Paulo: Método, 2019.

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei

n.º 13.303/2016. Salvador: Editora Juspodium, 2018.

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Processo N.º 16883e19. Parecer n.° 02307-19. Parecerista: Flávia Lima de Queiroz. Salvador, 20 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/16883e19.odt.pdf. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. [Constituição (1988], Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Decreto n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4536-1922.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Decreto n.º 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Decreto n.º 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta,

no âmbito da União, a Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Decreto n.º 11.462, de 31 de março de 2023. Regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11462.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em 26/08/2023.

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 - EBSERH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12550.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Lei n.º 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm#art78. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 580.264/RS. Constitucional. Tributário. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Imunidade Tributária Recíproca. Sociedade de Economia Mista. Serviços de saúde. 1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis). 2. A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro. 3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea "a" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral. Recorrente: Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 06 de outubro de 2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628371. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1213/2021. Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman. Sessão de 26/05/2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1213%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522. Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1732/2009. Plenário. Relator: Min. Augusto Nardes. Sessão de 08/08/2009. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1732%2520ANOACORDAO%253A2009%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522. Acesso em 26/08/2023.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MATO GROSSO. Controladoria Geral do Estado. Empresas públicas podem aderir à ata de registro de preços da administração direta. 16 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.cge.mt.gov.br/-/17934010-empresas-publicas-podem-aderir-a-ata-de-registro-de-precos-da-administracao-direta. Acesso em 26/08/2023.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. Curitiba: Zênite, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; HEINEN Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. Comentários à lei das empresas estatais: Lei n.º 13.303/16, 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto n.º 53.173, de 16 de agosto de 2016. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Porto Alegre, RS, Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2053.173.pdf. Acesso em 26/08/2023.

A VIABILIDADE DA EBSERH SOB A ÓTICA DO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DAS AÇÕES JUDICIAIS QUE DISCUTEM A CONTRATAÇÃO DA ESTATAL PELAS UNIVERSIDADES FEDERAIS

THE VIABILITY OF EBSERH FROM THE POINT OF VIEW OF THE JUDICIAL SYSTEM: AN ANALYSIS OF THE LAWSUITS THAT DISCUSS THE HIRING OF THE STATE-OWNED COMPANY BY FEDERAL UNIVERSITIES

Bruna Letícia Teixeira Ibiapina Chaves[1]
Rayanna Silva Carvalho[2]

Resumo
A criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) foi uma das medidas implementadas pelo Governo Federal visando superar as dificuldades operacionais, gerenciais, financeiras e de recursos humanos enfrentadas pelos Hospitais Universitários Federais. Apesar de sua especial finalidade, a empresa surgiu em meio a duras críticas e sua atual consolidação não ocorreu livre de discussões judiciais. Assim, o presente artigo busca demonstrar o reconhecimento da importância e viabilidade da Ebserh, a partir de uma análise das ações judiciais que discutem a contratação da empresa pelas Universidades Federais. Analisando os processos judiciais em que se discute a licitude dos contratos firmados entre a empresa e as Universidades, conclui-se que o Poder Judiciário reforça a legalidade da Ebserh na concretude de suas finalidades legais. Além da análise estritamente jurídica, algumas decisões judiciais adentram, inclusive, em questões relacionadas à viabilidade da empresa, sua atuação perante o Sistema Único de Saúde, reconhecendo a estatal como uma opção viável e exitosa de gestão pública.

[1] Mestre em Administração Pública. MBA em Gestão Hospitalar. MBA em Gestão Pública. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Advogada e Chefe do Serviço Jurídico de Contencioso Geral da Ebserh.
[2] Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Constitucional. Advogada e Chefe da Divisão Jurídica de Contencioso Extrajudicial da Ebserh.

Palavras-chave: Contrato de gestão. Autonomia universitária. Viabilidade.

Abstract
The creation of the "Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares" (Ebserh) was one of the measures implemented by the Federal Government to overcome the operational, managerial, financial and human resources difficulties faced by Federal University Hospitals. Despite its special purpose, the company emerged amid harsh criticism and its current consolidation has not been free of legal disputes. Thus, this article intend to demonstrate the recognition of the importance and viability of Ebserh, based on an analysis of the lawsuits that discuss the contracts signed with the Federal Universities. Analyzing these lawsuits in which these contracts' legality is discussed, it can be concluded that the Judicial System reinforces it in terms of its legal purposes. In addition to the strictly legal analysis, some court rulings even go into issues related to the viability of the company, its performance in relation to the Unified Health System, recognizing the state-owned company as a viable and successful public management option.
Keywords: Management contract. University autonomy. Viability.

1 O TURBULENTO PROCESSO DE CRIAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA EBSERH

O funcionamento dos Hospitais Universitários sempre foi um desafio de gestão, de modo que o Tribunal de Contas da União, após auditorias, identificou dificuldades operacionais, gerenciais, financeiras e de recursos humanos, e criticou a ausência de um modelo de gestão unificada e a ausência de controle por parte da União Federal na consecução de seus objetivos.

Uma das medidas implementadas pelo Governo Federal foi a criação do Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (Rehuf), estabelecido pelo Decreto n.º 7.082/2010, com o objetivo de criar condições materiais e institucionais para que os hospitais universitários federais possam desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde, conforme Art. 2º, do Decreto.

Posteriormente, outra medida foi a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), com a finalidade de prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como prestar às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública.

Sua criação foi autorizada pela Lei n.º 12.550/2011, sob a forma de empresa pública, vinculada ao Ministério da Educação, sendo uma estatal dependente do Tesouro Nacional, já que todas as despesas de pessoal e custeio são integralmente suportadas pelo governo federal.

A criação da Ebserh tem como fundamento a possibilidade de implantação de um modelo de gestão administrativa, orçamentária e financeira baseado em resultados e em efetivo controle de gastos, dotado de instrumentos mais eficientes e transparentes.

A gestão integrada dos HUFs em rede permite a obtenção de ganhos de escala e especialização nos processos de compras, nos processos finalísticos, na aquisição e disseminação de tecnologia, bem como possibilita a correção das contratações irregulares, por meio de concursos públicos promovidos pela Ebserh.

Ocorre que o surgimento da Ebserh veio acompanhado de inúmeras críticas de movimentos sociais, de organizações estudantis, dos sindicatos de trabalhadores em saúde, trabalhadores em instituições federais de ensino e até mesmo do Conselho Nacional de Saúde quanto ao modelo jurídico proposto e a sua efetiva capacidade de solucionar os diversos problemas vivenciados pelos hospitais universitários.

As discussões sobre o modelo adotado e o impacto dele nas relações sociais que envolvem as Universidades e os Hospitais Universitários foram acaloradas, em diversos ambientes de discussão, com a expressão de opiniões em sentidos contrários, frente à novidade legislativa e à incerteza da proposta ainda pouco conhecida e entendida por todos.

E, nesse cenário, como meio de solução de conflitos, surge a Judicialização e a consequente atuação do Poder Judiciário. Inicialmente em relação à própria lei de criação da Ebserh – Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.895 - e também as ações judiciais relacionadas aos Contratos de Gestão firmados pelas Universidades Federais, essas objeto do presente estudo.

Não obstante a ADI tenha sido proposta em janeiro de 2013,

foi julgada em dezembro de 2020, e por unanimidade o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da Lei n.º 12.550/2011, conforme ementa abaixo transcrita:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.550/2011. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GRATUITOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO HOSPITALAR À COMUNIDADE E DE APOIO À FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE. INC. XIX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSENTE A PREVISÃO DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA A DEFINIÇÃO DAS ÁREAS DE ATUAÇÃO DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO. REGIME DE PESSOAL CELETISTA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.
> [...]. 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 – EBSERH. 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. [...]

Interessante mencionar que um dos pontos mais controversos e polêmicos quando da criação da Ebserh foi em que medida a estatal seria uma ameaça à “autonomia universitária”. O que foi enfrentado

diretamente pelo Supremo Tribunal Federal: a Ministra Relatora, Cármem Lúcia, em seu voto, objetivo e preciso, ressaltou que:

> Imperioso ressaltar que as atribuições da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH não contrariam o princípio da autonomia universitária. Diferente disso, a adesão pelas instituições federais de ensino a seus serviços é voluntária, firmando-se por contratação com a estatal, como estabelecido no art. 6º da Lei n. 12.550/2011.
> [...] Pelo diploma legal, o objetivo da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH é o de cooperar com as instituições de ensino na área de saúde que manifestem interesse na contratação. Inconstitucional seria impor-se àquelas entidades ou submetê-las a seu interesse e definição.

Como mencionado, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ebserh enfrentou – e ainda enfrenta - ações judiciais que discutem, em síntese, o Contrato de Gestão firmado com a Universidade Federal.

E a análise dessas ações judiciais demonstra que, passados mais de dez anos da sua criação, a Ebserh é hoje uma empresa sólida e reconhecida pela sociedade, assim como no meio jurídico, em especial pelos Tribunais pátrios, como será demonstrado no presente artigo.

2 DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AOS CONTRATOS DE GESTÃO CELEBRADOS ENTRE AS UNIVERSIDADES FEDERAIS E A EBSERH

A prestação de serviços pela Ebserh às instituições federais de ensino ou instituições congêneres, ocorre mediante a celebração de contratos, cabendo a decisão pela contratação a cada universidade, no âmbito de sua autonomia, sendo dispensada a licitação para tal fim, conforme Arts. 5º e 6º, da Lei n.º 12.550/11.

O contrato entre a Ebserh e cada instituição deverá conter as obrigações dos signatários, as metas de desempenho, indicadores e prazos de execução e a sistemática para o acompanhamento e avaliação das metas estabelecidas.

Isso significa que, conforme reconhecido pelo STF, em 2020, o Contrato de Gestão decorre de uma liberalidade da Universidade, que toma a decisão de assiná-lo, para que a Ebserh passe a ser responsável pela gestão do Hospital Universitário. Nesse contexto, após a sua criação, foram celebrados contratos com as Universidades, de modo que, atualmente, a Rede Ebserh é composta pela Administração Central e 41 hospitais.

Por meio da atuação de uma rede que inclui o órgão central da empresa e 41 HUFs distribuídos por quase todo o país, a Ebserh desempenha relevante papel no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que representa a maior rede universitária e de hospitais públicos do Brasil, que exercem a função de centros de referência em assistência à saúde, ensino, pesquisa e inovação.

O aumento da eficiência na gestão dos HUFs, tem sido constatado, inclusive, em estudos científicos. O Professor Eduardo Botti Abbade (2022), por exemplo, publicou um artigo demonstrando que a gestão da Ebserh trouxe ganhos em termos de eficiência e performance aos Hospitais Universitários, com "elevado potencial de aprimoramento e ganho de eficiência para a saúde pública do país", concluindo que:

> A estruturação dos hospitais de ensino do país em uma lógica de rede interorganizacional, capaz de promover elevada sinergia interorganizacional, intercâmbio de conhecimento e experiências, planejamento de compras públicas em conjunto, que é uma das premissas preconizadas pela EBSERH, é capaz de elevar drasticamente o nível de eficiência dos HUs.

O próprio Tribunal de Contas da União, ao analisar a gestão da Ebserh ainda no ano de 2015, concluiu que:

> [...] considerando que a implantação de um novo modelo de gestão não é algo trivial e, a despeito de ainda existirem oportunidades de melhoria, é relevante destacar que a conclusão alcançada pela equipe de auditoria é de que a atuação da Ebserh contribuiu de maneira significativamente positiva para o

> aprimoramento da gestão e da prestação dos serviços de saúde nos HUFs. (Acórdão 2983/2015 - Plenário. TC n.º 032.519/2014-1)

Justamente por ser uma mudança de paradigma, a implantação de um novo modelo de gestão gerou a judicialização. Ocorre que, todas as ações judiciais propostas em face da Ebserh, para discutir o contrato firmado com a Universidade, possuem decisões favoráveis à estatal, e com entendimentos que demonstram sua importância para a saúde pública do país.

Antes da análise individual das ações judiciais, interessante notar que nos autos da Ação Civil Pública n.º 5012695-55.2015.4.04.7200/SC, proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e da UFSC, visando, em síntese a recomposição da força de trabalho, ao indeferir o pedido de liminar, o juiz da 2ª Vara Federal de Florianópolis, em julho de 2015, mencionou que o próprio autor apontava como inevitável a contratualização com a Ebserh, que seria a "única diretriz capaz de assegurar o pleno funcionamento das unidades hospitalares, quando o STF, de certa forma, avalizou as disposições da Lei 12.550/2011 ao negar liminar na ADI 4.895." Por isso, tal magistrado afirmou que precisava:

> [...] conhecer e entender, também, quais são os fatores e/ou razões pelas quais a UFSC tanto aguarda para optar pelo vínculo com a EBSERH (desde 31/12/2010, quando foi publicada a MP n. 520, da qual resultou a Lei n. 12.550), enquanto parece observar passivamente o desmantelamento dos seus serviços (de saúde e de educação envolvidos no HU).

A seguir passamos a analisar cada uma das ações judiciais que discutem o Contrato de Gestão firmado pelas Universidades com a Ebserh.

2.1 CONTRATO DE GESTÃO COM A UNB

Em relação ao contrato firmado com a Universidade de Brasília, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública n.º

12124-78.2013.4.01.3400, objetivando a decretação de nulidade do ato administrativo emanado pela Reitoria da Universidade, consubstanciado no Termo de Adesão à Ebserh, e a imediata anulação do Contrato n.º 004/2013, que tem por objeto a administração pela Ebserh do Hospital Universitário de Brasília – HUB.

Na sentença, a magistrada destacou que a lei é considerada constitucional até que o STF declare em sentido oposto eventual inconstitucionalidade. Além disso, segundo seu entendimento:

> [...] uma adesão e um contrato firmados com base numa lei plenamente vigente, não pode, por si só, ser considerado nulo ou ilegal, mesmo porque, não há alegação na inicial de ilegalidade de cláusula contratual, mas sim e tão-somente ilegalidade do texto legal que permitiu a formação do contrato.

Dentro de tais parâmetros, considerou que a FUB e a Ebserh simplesmente obedeceram ao que determina a lei, cumprindo integralmente os seus ditames. Tal decisão encontra-se transitada em julgado, ou seja, não cabe mais discussão nos autos judiciais.

2.2 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFMG

No ano de 2014, a Procuradoria da República em Minas Gerais ajuizou a Ação Civil Pública n.º 0041325-45.2014.4.01.3800, em face da Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG, objetivando que sejam declarados nulos o contrato firmado entre a UFMG e a Ebserh e os atos administrativos que lhe sejam subsequentes, entre os quais o concurso público para contratação de pessoal para o HC-UFMG.

Em síntese, entende o Ministério Público Federal que a contratação da Ebserh pela UFMG, para gerir o HC-UFMG, implica afastamento do regime jurídico único, já que, conforme prevê o artigo 10 da Lei 12.550/2011, o regime de pessoal permanente da Ebserh é o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), violando, assim, o artigo 37 da Constituição Federal.

O juiz determinou a inclusão da Ebserh na lide, como litisconsorte passiva necessária, tendo a empresa apresentado sua contestação, na qual refutou todos os argumentos apresentados pelo autor.

O processo ainda se encontra pendente de decisão final de mérito, contudo, o pedido de liminar foi indeferido pelo juízo, o qual entendeu não terem sido demonstrados os seus requisitos, destacando que:

> Em conformidade com o que consta dos autos, a EBSERH foi criada para prestar gratuitamente serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial, apoio diagnostico e terapêutico a comunidade, podendo prestar as instituições federais de ensino os serviços de apoio ao ensino e a pesquisa, considerando as notórias dificuldades enfrentadas pelos hospitais universitários em todo o pais, principalmente no que tange ao quadro de pessoal e as determinações do Tribunal de Contas da Uniao no sentido de regularização das contratações de pessoal.

Apesar de ainda não ter emitido o seu juízo de mérito sobre a questão, o indeferimento da tutela antecipada demonstra a fragilidade dos argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal.

2.3 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFJF

Também em Minas Gerais, mas em relação ao Hospital Universitário da Universidade Federal de Juiz de Fora, foi interposta a Ação Civil Pública n.º 0001272-19.2014.4.01.3801 pelo Ministério Público Federal em face da Universidade Federal de Juiz de Fora, objetivando a imediata anulação do ato administrativo emanado da Reitoria da Universidade por meio do qual manifestou adesão à Ebserh.

Em suma, na visão do autor da ação, a adesão à Ebserh contraria o disposto nos artigos 37, caput, II e XIX; 39, 173, § 1°; 198 e 207, todos da Constituição Federal de 1988, entre outros. Destaca, na petição inicial, que os referidos dispositivos constitucionais normatizam que os serviços públicos propriamente ditos - voltados para as atividades típicas de Estado – devem ser prestados mediante fundações públicas e autarquias. Ademais, assevera que

> [...] a contratação de pessoal no âmbito da Administração Pública Federal dar-se-á com

> observação do princípio do concurso público que a autonomia universitária, bem domo a indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão são garantias conferidas às Universidades Brasileiras; e que a saúde e a educação, como serviços públicos de titularidade do Estado, são bens sociais universais e gratuitos assegurados a todos os cidadãos do Estado Democrático de Direito.

A contratação da Ebserh pela Universidade Federal de Juiz de Fora chegou a ser suspensa, em razão de decisão liminar proferida nos autos da referida ação. A Procuradoria da Universidade interpôs recurso de agravo de instrumento, conseguindo efeito suspensivo à decisão, basicamente em razão da presunção de legitimidade da lei que criou a Ebserh.

A sentença julgou a ação improcedente, sob o entendimento de que a Constituição da República autoriza o Estado a instituir empresa pública com a finalidade de prestação de serviço público, mediante autorização por lei específica, que é o caso da Lei 12.550/2011. Como destacou o magistrado:

> Notadamente, não há qualquer limitação constitucional ou legal, à prestação, por estatais, de ações de saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde, que, sabidamente, é integrado inclusive por empresas privadas, das mais variadas naturezas, em caráter complementar.

Outrossim, asseverou o julgador que, dentre muitos outros de ordem pública, por disposição constitucional expressa, às estatais se aplica o princípio do concurso público, não assistindo razão o argumento do autor de que isto constituiria óbice à contratação.

Além disso, destacou que a opção pelo modelo de gestão criado com a Ebserh não acarreta restrição à autonomia universitária. Na sua visão, a autonomia universitária foi garantida mediante o direito à opção de adesão à Ebserh.

Como se percebe, o juízo claramente afastou os argumentos levantados pela parte autora, entendendo inexistir qualquer vício formal capaz de inquinar de nulidade o ato de adesão praticado pela UFJF.

Atualmente, o processo encontra-se pendente de julgamento

em segunda instância.

2.4 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFU

Em relação ao Contrato de Gestão firmado entre a Ebserh e a UFU, foram interpostas duas ações judiciais.

Uma pelo Sindicato Dos Trabalhadores Técnico-administrativos em Instituições Federais de Ensino Superior De Uberlândia (SINTETUFU), Processo Judicial n.º 1006150-85.2019.4.01.3803, sendo que a sentença, proferida em fevereiro de 2021, julgou improcedentes os pedidos, entendendo que:

> Além de a gestão do HC-UFU pela EBSERH não ofender os princípios constitucionais da educação, notadamente a gestão democrática (CRFB, art. 206, VI), tal alteração do modelo de gestão da unidade hospitalar visa alcançar os princípios da eficiência e do interesse público da Administração, com melhor prestação da atividade administrativa por empresa pública especializada.

Outra, proposta por Conselheiros Universitários da UFU, Processo Judicial n.º 1006150-85.2019.4.01.3803, cuja sentença, de junho de 2019, extinguiu o processo sem resolução do mérito, por entender que os Conselheiros tão possuem legitimidade para propor essa ação judicial.

Ambas estão pendentes de julgamento de apelação da parte autora.

2.5 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFTM

Em relação ao contrato assinado com a Universidade Federal do Triângulo Mineiro, foi proposta Ação Ordinária n.º 0006450-77.2013.4.01.3802 pelo Sindicato dos Trabalhadores Técnico-administrativos em Educação das Instituições Federais de Ensino Superior do Município De Uberaba (SINTE-MED), buscando ver reconhecida a nulidade dos atos administrativos decorrentes do Contrato n. 22/2013, firmado entre a UFTM e a Ebserh, para a gestão do HC-UFTM.

A sentença, proferida em maio de 2014, julgou a ação improcedente, reconhecendo que:

> [...] a autonomia didático-científica das Instituições de Ensino Superior é ressalvada pela própria legislação hostilizada (Lei 12.550/2011. Artigos 3° e 6°), facultativa a adesão pelas instituições federais de ensino ou congéneres". Além disso, destacou que "a legislação reitora contempla previsão à realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, embora sob regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Em face da sentença foi interposta apelação pela parte autora, pendente de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 6ª Região.

2.6 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFF

No ano de 2018, um cidadão propôs a Ação Popular n.º 5024957-78.2018.4.02.5101 em face da Ebserh e da Universidade Federal Fluminense (UFF) pretendendo, em síntese, a suspensão imediata do contrato de gestão celebrado em relação ao Hospital Universitário Antônio Pedro (HUAP) e a imediata assunção pela UFF, como titular do serviço público prestado, dos serviços assistenciais de saúde pública e atividades acadêmicas de ensino, pesquisa e extensão, bem como da gestão administrativa integral do HUAP, com o intuito de assegurar o princípio da continuidade do serviço público.

Após longa instrução processual, em sentença, proferida em março de 2022, para fundamentar a improcedência do pedido do autor, o juiz da 3ª Vara Federal de Niterói se baseia – e transcreve – as informações prestadas pelas partes no processo judicial, em especial que foi apresentado relatório do HUAP, que especifica todas as melhorias realizadas nos anos de 2016 a 2018, tendo como fonte o DATA-SUS, inclusive com gráficos que retratam o resultado positivo da gestão, com significativo aumento do número de internações, cirurgias, atendimentos e transplantes realizados no período.

Além disso, o magistrado ressaltou a constatação de vantagens e benefícios da Ebserh para área de ensino, pesquisa e extensão do HUAP e a considerável melhoria na infraestrutura do Hospital.

Ainda na sentença, o magistrado afirma que "foram alcançados consideráveis resultados na gestão executada, vindo a beneficiar toda a coletividade, em observância ao Princípio da Eficiência, consagrado pela Constituição Federal". E ressalta que:

> A criação da EBSERH decorreu de política pública atotada pelo Governo Federal para a administração dos Hospitais Universitários Federais, em que as instituições federais de ensino, em respeito ao Princípio da Autonomia Universitária, optaram por celebrar os contratos de gestão para a administração das unidades hospitalares. É sabido que a transferência de gestão de hospitais universitários para a empresa foi polêmica no cenário social e político em todo o país, contando, não raro, com a posição de muitos dos seus servidores e órgãos de representação sindical. Esta, entretanto, é seara onde o Poder Judiciário não deve se imiscuir. O exame a ser feito deve envolver a legalidade ou não da contratação e da execução do contrato.

Ademais, uma das conclusões da sentença é que:

> A rescisão contratual pretendida, importaria em prejuízos imediatos e imensuráveis à sociedade e aos profissionais contratados pela EBSERH, e, portanto, ao interesse público primário, com a dispensa de diversos empregados públicos, fechamento de leitos e comprometimento dos serviços públicos de saúde prestados pelo HUAP.

E, assim, o pedido do autor foi julgado improcedente. A Egrégia 5a. Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu, por unanimidade, em setembro de 2022, negar provimento à apelação interposta pelo autor, ressaltando, inclusive:

> Dessa forma, sopesando os esforços conjuntos dos réus nos sentido de melhorar as condições do HUAP, comprovado mediante robusta prova

> documental, em conjunto com a afirmação da UFF no sentido de que "que a contratação da EBSERH foi necessária para garantir a continuidade do serviço público, desta maneira a Universidade Federal Fluminense não possui condições de reassumir, no momento, a gestão integral do Hospital Universitário Antônio Pedro, o que afetaria toda a comunidade assistida da Região Metropolitana II", resta evidente que a rescisão contratual não se mostra como providência mais adequada, eis que a maior prejudicada seria toda a comunidade que depende dos serviços oferecidos pela unidade hospitalar em questão.

Ainda em relação ao Contrato de Gestão firmado com a UFF, válido mencionar que a sentença proferida nos autos da Ação Popular 5024957-78.2018.4.02.5101 relembra que a contratação da Ebserh foi decorrência de uma sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n.º 200951020026688:

> De qualquer modo, toda a análise de carência de pessoal do HUAP deve ser repensado diante do novo cenário, instaurado pela adoção de uma política pública específica, comprometida com a solução dos problemas antigos dos hospitais universitários, especialmente com o REHUF e a EBSERH.
> [...] Penso também que a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH (sic) representa uma nova e salutar perspectiva para os HU´s, devendo ser dada uma chance de que a nova política seja aplicada e testada. Em verdade, falece ao Poder Judiciário competência para substituir a política pública pelo governo federal para gerir seus hospitais universitários, por outra que lhe pareça mais adequada. [...] Recomenda-se ao HUAP que não deixe os contratos temporários expirarem, sem possibilidade de prorrogação, para interagir com a Reitoria da UFF, com a Coordenação Geral dos Hospitais Universitários do MEC, bem como contratar

> com a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH, pois então a situação de excepcionalidade já estará definitivamente superada, no entendimento deste magistrado.

Os Recursos Especial e Extraordinário do autor popular não foram conhecidos, e os autos estão conclusos para julgamento dos recursos interpostos.

2.7 CONTRATO DE GESTÃO COM A UNIRIO

No estado do Rio de Janeiro, a Associação dos Docentes da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (ADUNIRIO)impetrou o Mandado de Segurança Coletivo n.º 0003923-06.2016.4.02.5101, contra ato do reitor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) que realizou a contratação da Ebserh para a gestão do Hospital Universitário Gaffrée e Guinle.

O impetrante argumenta que a contratação não observou as normas regulamentares vigentes e deturpou a publicidade administrativa, o que não foi acatado pelo juízo, o qual julgou improcedente a ação.

O juízo, em síntese, entendeu que o reitor possui competência para emitir, ainda que excepcionalmente, resoluções *ad referendum*[1] dos Conselhos Superiores, de modo que posterior ratificação da contratação da Ebserh pelo Conselho Universitário referenda, a um só tempo, tanto a excepcionalidade invocada quanto a conveniência e oportunidade de celebração do contrato. Destaca-se, ainda, o seguinte trecho da sentença:

> Além disso, a segunda ré é uma empresa pública federal, com a capital integralmente pertencente à UNIÃO, especialmente constituída para a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, como se vê dos artigos 1º e 3º da Lei 12.550/2011, com a qual vinte e nove das trinta e sete instituições federais de ensino já firmaram contrato,

[1] Sujeito à aceitação posterior por parte do colegiado.

> conforme constas das informações prestadas pela autoridade coatora (fls. 270), o afasta qualquer alegação de falta de razoabilidade do ato impugnado.

Portanto, reconhecendo os limites do controle judicial sobre os atos administrativos, e destacando a relevância do papel desempenhado pela Ebserh, o magistrado julgou improcedente a ação, não tendo havido a interposição de recurso, de modo que o processo teve seu trânsito em julgado.

2.8 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFSM

A Seção sindical dos docentes da Universidade Federal de Santa Maria (SEDUFSM) e Associação dos servidores da UFSM - Seção Sindical do SINTEST/RS propuseram a Ação Civil Pública n.º 5010496-34.2013.404.7102/RS requerendo que a Universidade Federal de Santa Maria se abstivesse de firmar contrato com a Ebserh ou desconstitutivo da relação jurídica decorrente da assinatura de tal contrato.

A sentença, proferida em setembro de 2016, pelo juízo da 2ª Vara Federal de Santa Maria, julgou improcedentes os pedidos, em razão da ausência de qualquer ilicitude ou irregularidade, ressaltando que:

> Em verdade, a maior parte dos argumentos expostos na petição inicial se reveste, a meu ver, de cunho político e diz respeito a gestão administrativa, com relação ao que não cabe qualquer interferência do Poder Judiciário, limitada que está sua atuação ao exame da legalidade dos atos administrativos e das condutas praticadas pelos demais Poderes.

O Ministério Público, quando instado a se manifestar nos autos, tanto em primeira como em segunda instância, entendeu que "a declaração de nulidade do contrato celebrado entre a EBSERH e a UFSM trará prejuízos ainda maiores à gestão do Hospital Universitário de Santa Maria (HUSM)", concluindo que, se a contratação da Ebserh não foi a solução perfeita, foi a que "se assomou viável e exequível,

atendendo, ao fim e ao cabo, ao interesse público."

A sentença foi mantida pela 3ª Turma do TRF4, por unanimidade, em novembro de 2018. O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso Especial n.º 1846294/RS, por questões processuais. O Supremo Tribunal Federal, em janeiro de 2021 negou provimento ao Recurso Extraordinário n.º 1.292.427, citando, inclusive, o entendimento nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Ebserh.

2.9 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFPEL

Em Pelotas, o Sindicato dos Servidores Federais em Educação de Pelotas e Capão do Leão ajuizou a Ação Civil Pública n.º 5011927-45.2014.4.04.7110, em face da Universidade Federal de Pelotas e da Ebserh, objetivando a decretação de nulidade dos atos administrativos emanados da Reitoria da UFPel por meio dos quais firmou contrato com a empresa para a gestão do HE-UFPel.

Durante a instrução processual, o Ministério Público Federal emitiu parecer no qual afirmou que "não há óbice no ordenamento jurídico à prestação de serviço público por empresas estatais".

Relevante ainda destacar outro importante trecho de manifestação do MPF, em outro momento processual, no qual argumentou que:

> [...] com a devida vênia, parece não se afigurar sistematicamente coerente afirmar que o Estado possa celebrar a prestação de serviços do Sistema Único de Saúde com pessoa jurídica de direito privado, como expressamente admitido no texto constitucional, e não possa ele próprio criar "empresa pública" para prestar os mesmos serviços, sujeito a uma série de regulamentações, especialmente a de atender integralmente pelo SUS, a que não estão submetidas as demais pessoas de direito privado.
> [...]
> De fato, é bastante pior a situação atual e consolidada do gerenciamento dos hospitais universitários pelas fundações de apoio, as quais, por sua vez, são geridas de facto a partir

> das determinações dos reitores das universidades e de seus auxiliares. Contratos sem seleção pública, ausência de prestação de contas, gerenciamento sem profissionalismo, apadrinhamento – situações que abundaram sobremaneira, aliás, na Universidade Federal de Pelotas e contra as quais houve várias iniciativas do Ministério Público Federal, a partir de iniciativas, muitas vezes das próprias entidades sindicais dos servidores universitários.

Na sentença, o juiz adotou toda a argumentação do Ministério Público Federal como razões de decidir, julgando improcedente a ação.

Em sede de remessa necessária, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferiu acórdão no qual, por unanimidade, negou-lhe provimento, tendo reconhecido que a adesão da UFPel à Ebserhdeu-se em resposta a situação fática verificada no HE/UFPel, que há muito vinha sendo gerida por fundação de apoio (de personalidade jurídica de direito privado), o que oportunizava, dentre outros mecanismos, a contratação de pessoal em caráter precário, por meio de processos seletivos simplificados absolutamente questionáveis sob a ótica dos princípios norteadores da administração pública.

Trata-se de importante decisão em segunda instância, já transitada em julgado, que reconhece a relevância do papel assumido pela Ebserh na gestão dos hospitais universitários federais.

2.10 CONTRATO DE GESTÃO COM A FURG

No estado do Rio Grande do Sul, a Associação Classista do Pessoal Técnico-Administrativo da Fundação Universidade Federal do Rio Grande (APTAFURG) impetrou o mandado de segurança n.º 5005372-39.2014.404.7101 em face do ato do reitor da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) referente à adesão a Ebserh. Destaca-se que a EBSERH não figura no polo passivo da referida ação judicial.

A ação foi julgada improcedente, nos termos do parecer do Ministério Público Federal, reconhecendo a regularidade do processo de adesão à Ebserh. Do mesmo modo, em sede recursal, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, manteve a sentença, destacando que:

> Tendo a discussão pública acerca da adesão, ou não, à EBSERH, iniciado já no ano de 2012, com amplo debate público, não procede a alegação de existência de vícios, mesmo porque as vicissitudes ocorridas na reunião decorreram exatamente dos conflitos que cercaram o processo decisório, não podendo ser atribuídas à entidade pública.

Ressalta-se, ainda, que o referido Tribunal destacou ser este o entendimento em outros casos similares relacionados ao mesmo objeto.

2.11 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFPR

O Sindicato dos Médicos do Estado do Paraná propôs Ação Civil Pública n.º 5021466-40.2015.4.04.7000/PR, visando, em síntese, a anulação da decisão do COUN/UFPR de firmar convênio com a Ebserh, bem como o respectivo contrato firmado.

A juíza da 3ª Vara Federal de Curitiba afastou "qualquer argumento no sentido de que o convênio implicaria 'privatização' do HC.", e ao julgar improcedentes os pedidos, na sentença de novembro de 2017, ressaltou que:

> Assim sendo, afasta-se, desde logo, qualquer argumento no sentido de que o convênio implicaria "privatização" do HC. A EBSERH, como empresa pública federal, integra a Administraçao Pública Indireta. A EBSERH NÃO É EMPRESA PRIVADA, NEM VISA AO LUCRO.
> Ainda, há que se atentar que, quando a Constituição Federal fala que a saúde é dever do Estado, ela a elenca como um serviço público que deve ser prestado pelo Estado e pode também o ser por particulares. Sendo a EBSERH uma empresa pública de recursos 100% públicos, é fácil notar que a prestação dos serviços por ela é, em última análise, prestação de serviços pelo Estado, mormente considerando que o Estado custeia também todos os procedimentos e intervenções lá realizados pelo Sistema Único de Saúde.

> Não existe burla a nenhuma norma constitucional.
> A 3ª Turma do TRF4, em outubro de 2019, reconheceu, de ofício, "a falta de interesse processual pela inadequação da via eleita no que toca ao pedido de declaração de nulidade do contrato questionado".

A Associação dos Professores da Universidade Federal do Paraná propôs a Ação Judicial n.º 5052715-09.2015.4.04.7000/PR em face da UFPR, insurgindo-se contra o contrato firmado com a Ebserh. E a sentença, também em novembro de 2017, foi de improcedência, com os mesmos fundamentos da sentença anterior.

No âmbito do TRF4, a 3ª Turma, em outubro de 2019, por unanimidade, acolher a arguição de ilegitimidade ativa suscitada pela UFPR em suas contrarrazões, extinguindo-se a ação sem resolução do mérito.

2.12 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFMA

A Associação de Professores da Universidade Federal do Maranhão (APRUMA) propôs a Ação Ordinária n.º 15201-68.2013.4.01.3700 e o juízo da 5ª Vara Federal do Maranhão, em setembro de 2013, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender os atos tendentes ou já praticados para adesão da UFMA à Ebserh, afirmando que seria para "aperfeiçoamento" da decisão de adesão e não desconstituição do respectivo contrato.

Interposto o Agravo de Instrumento n.º 0059137-88.2013.4.01.0000/MA, o juiz convocado deferiu efeito suspensivo à decisão, tendo mencionado na fundamentação que a adesão à Ebserh se trata de um emblemático empreendimento.

A sentença, proferida em setembro de 2018, julgou improcedentes os pedidos, "ante a repercussão do contrato celebrado entre a UFMA e a Ebserh, não se mostraria razoável sua anulação por questões estritamente formais, que poderiam ser referendadas/ratificadas pelos aludidos outros conselhos."

2.13 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFPE

Em Pernambuco, ao julgar o pedido de liminar feito pelo

Sindicato dos Trabalhadores das Universidades Federais de Pernambuco, nos autos da Ação Civil Pública n.º 0800706-12.2014.4.05.8300, o juiz ressaltou que:

> Observo que sua criação foi originada a partir de problemas constatados por órgãos de controle no que diz respeito às relações de trabalho no âmbito dessas unidades. Tal empresa pública nasceu com a função gerencial sobre tais hospitais.
> Não vejo problema em tal contratação. Os hospitais universitários em grande parte do país apresentam situação de quase calamidade. Os recursos públicos são poucos e tais entes, que um dia foram modelos de atendimento, encontram-se com equipamentos deteriorados e pessoal humano defasado, deixando de prestar serviço de qualidade aos que necessitam.
> Não entendo então como incabível a contratação, seguindo regras que garantam a autonomia universitária, de uma empresa pública federal para cuidar da parte gerencial do hospital, ainda mais quando não estarão presentes custos para a Universidade. Ao contrário, o ente universitário de saúde terá a possibilidade de receber recursos e pessoal para diferentes áreas, tudo buscando a entrega de uma prestação de saúde adequada para a população.
> [...]
> Uma atuação gerencial sem métodos burocráticos talvez seja o início da solução para os problemas da saúde em nosso país. Tentamos imitar o NHS (sistema público universal de saúde do Reino Unido que já existe há décadas), mas não importamos a maneira como o sistema funciona, e talvez tenha sido este o nosso maior entrave.

Na sentença, proferida em fevereiro de 2015, o juiz da 3ª Vara Federal de Pernambuco, julgou improcedentes os pedidos, entendendo que:

> Inexiste violação aos princípios norteadores da

> Administração Pública em razão da contratação, ora impugnada. Os hospitais universitários em grande parte do país apresentam situação de quase calamidade. Os recursos públicos são poucos e tais entes, que um dia foram modelos de atendimento, encontram-se com equipamentos deteriorados e pessoal humano defasado, deixando de prestar serviço de qualidade aos que necessitam.
> Nessa ordem de raciocínio, entendo cabível a contratação, seguindo regras que garantam a autonomia universitária, de uma empresa pública federal para cuidar da parte gerencial do hospital, ainda mais quando não estarão presentes custos para a Universidade. Ao contrário, o ente universitário de saúde terá a possibilidade de receber recursos e pessoal para diferentes áreas, tudo buscando a entrega de uma prestação de saúde adequada para a população.
> [...]
> Uma atuação gerencial sem métodos burocráticos talvez seja o início da solução para os problemas da saúde em nosso país.

Inconformado com tal decisão, o Sindicato autor recorreu ao TRF5, que, por unanimidade, negou provimento à apelação, mantendo a sentença, e ressaltando que:

> Inexiste violação aos princípios norteadores da Administração Pública em razão da contratação, ora impugnada. Os hospitais universitários em grande parte do país apresentam situação de quase calamidade. Os recursos públicos são poucos e tais entes, que um dia foram modelos de atendimento, encontram-se com equipamentos deteriorados e pessoal humano defasado, deixando de prestar serviço de qualidade aos que necessitam.

Interessante mencionar o Ministério Público Federal, ao manifestar no âmbito do TRF5, defendeu que:

É importante que se diga, que a prestação de serviços de saúde pela EBSERH, não isenta de responsabilidade, nem retira a primazia da União, muito menos significa delegação/concessão/permissão de sua competência a terceiro, para que este venha a prover o serviço público de saúde. Cuida-se, na verdade, duma forma racional de gestão e execução de políticas públicas de saúde à população.

A gratuidade e/ou isenção tarifária do serviço prestado pela EBSERH afasta a alegação de exploração econômica da saúde pelo Estado.

[...]

Em que pesem as críticas e a pluralidade de opiniões, próprias do regime democrático, o papel da EBSERH é meramente de gestão hospitalar e de apoio tanto a atividade médico-hospitalar como um todo, quanto as atividades didático pedagógicas das instituições públicas federais de ensino ou congêneres em serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, conforme art. 3º, da lei acima citada.

Sendo assim, as finalidades da UFPE e da EBSERH não se confundem nem se contrapõem, são complementares entre si, principalmente no que se refere ao serviço público comunitário de saúde prestado a comunidade, através do Hospital das Clínicas, na sua dupla atenção básica: pedagógica e hospitalar.

In casu, não há terceirização da atividade-fim pela EBSERH, cujo telos é a gestão hospitalar e apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública. Nesse sentido, é clarividente que a finalidade da EBSERH é para as atividades-meio. Esse sim, é o espírito normativo, depreendido do art. 3º, da Lei n.º 12.550/11, destacado acima.

Por essa razão, não se deve falar em terceirização nos moldes como é praticado

> convencionalmente, via empresas privadas prestadoras de serviços, contratadas pelos entes públicos, mediante processo licitatório, para execução de serviços concessionados ou permitidos pela própria Administração Pública. [...]
> Pelo contrário, a EBSERH do ponto de vista da prestação social dos serviços de saúde à população representa a busca do Poder Público pela efetivação de um desses princípios, qual seja, o da eficiência.

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso Especial n.º 1.625.354/PE, por questões processuais. O Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2019, negou provimento ao Recurso Extraordinário n.º 1.228.446/PE, por questões processuais (incidência da Súmula 636/STF).

2.14 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFAL

No Estado de Alagoas foram duas ações judiciais discutindo o Contrato de Gestão da Ebserh com a UFAL, uma proposta pelo Ministério Público Federal e outra pela Sindicatos dos Trabalhadores da Universidade Federal de Alagoas.

Nos autos da Ação Civil Pública n.º 0801295-31.2014.4.05.8000 a juíza entendeu que a decisão administrativa de contratar a Ebserh não foi flagrantemente arbitrária, de modo que suspender a contratação liminarmente seria medida temerária, por "gerar repercussão na continuidade do serviço prestado pelo HU bem como na esfera jurídica de terceiros". Foi proferida sentença nos autos, julgando improcedentes os pedidos, reconhecendo a legalidade da celebração do contrato de gestão e que não há qualquer motivo a ensejar a intervenção do Judiciário, já que o ato contestado se encontra em uma esfera da discricionariedade da Universidade. E a 4ª Turma do TRF5 manteve a decisão, por unanimidade, em novembro de 2016.

Na Ação Civil Pública n.º 0802448-02.2014.4.05.8000 o pedido de liminar também foi indeferido e nos autos do Agravo de Instrumento n.º 0803478-16.2014.4.05.0000, a segunda turma do TRF-5, por unanimidade negou provimento ao agravo, afirmando, inclusive, que a Ebserh foi criada para resolver os problemas críticos enfrentados

pelos hospitais universitários há tantos e tantos anos.

Na sentença, em maio de 2016, o juiz julgou improcedentes os pedidos do Ministério Público Federal, reconhecendo a legalidade da celebração do contrato de gestão entre a UFAL e a Ebserh, também entendendo que "não há qualquer motivo a ensejar a intervenção do Judiciário, já que o ato contestado se encontra em uma esfera da discricionariedade da Universidade." Não houve apelação do MPF.

2.15 CONTRATO DE GESTÃO COM A UFS

O contrato da Ebserh com a Universidade Federal de Sergipe foi discutido nos autos da ação n.º 0800027-91.2014.4.05.8500, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores Técnico Administrativos em Educação da Universidade Federal de Sergipe em face da Universidade e da Ebserh.

O Conselho Regional de Enfermagem de Sergipe (COREN/SE) e o Ministério Público Federal manifestaram interesse em atuar no feito. Foi deferido apenas o ingresso do MPF, na condição de litisconsorte ativo.

Na análise do pedido liminar, o magistrado se manifestou no seguinte sentido:

> [...] verifica-se que os prejuízos decorrentes da manutenção do contrato firmado pela UFS com a EBSERH, quais sejam, a realização de contratações e a prestação de serviço em desacordo com os dispositivos constitucionais e legais impugnados pela autora, certamente não são maiores do que os que a sociedade terá que suportar com a carência dos serviços de saúde prestados pelo hospital, gerada pela suspensão da contratação de profissionais para atuar na unidade.

O processo foi suspenso até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI n. 4895/DF. Com a decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade das normas de criação e atuação da Ebserh no âmbito dos hospitais universitários, entendeu a juiz que não cabe discussão nesta instância, razão pela qual julgou improcedentes os pedidos.

Em segunda instância, a remessa necessária teve seu

provimento negado, à unanimidade. Em seu voto, o desembargador relatou destacou que, de plano, afasta-se a inconstitucionalidade da Lei n.º 12.550/2011, tendo em vista a decisão do STF na ADI n. 4895/DF. Além disso, destacou que em se tratando de empresa pública, o provimento de cargos se dará por concurso público, de forma que não prospera a alegação de violação ao art. 37, II da CF. Ainda, esclareceu que a Ebserh

> [...] trata-se de instituição sem fins lucrativos, criada pela legislação em referência para gerir hospitais universitários, de sorte que não se observa na espécie agressão à autonomia universitária. Neste particular, ressalte-se, a opção de contratar a EBSERH, inclusive no que toca ao fornecimento de mão de obra para os hospitais universitários, pertence à própria universidade [...]

Como se percebe, a turma reconheceu a constitucionalidade e a relevância da Ebserh, destacando sua finalidade pública e a licitude da contratação de pessoal pelo regime celetista, mediante prévia contratação em concurso público.

A ação judicial já teve seu trânsito em julgado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) foi uma das medidas implementadas pelo Governo Federal visando superar as dificuldades operacionais, gerenciais, financeiras e de recursos humanos enfrentadas pelos Hospitais Universitários Federais.

Apesar de sua especial finalidade claramente definida em lei, a estatal surgiu em meio a duras críticas e sua atual consolidação não ocorreu livre de discussões judiciais. O início do seu funcionamento foi turbulento, no entanto, passados 10 anos das primeiras contratações, verifica-se que se trata de um modelo de gestão eficiente, que mudou a realizada dos Hospitais Universitários no Brasil.

A análise dos processos judiciais que versam sobre o contrato de gestão das Universidades Federais com a Ebserh demonstra que os principais argumentos contrários à adesão à empresa são, em síntese:

que o regime jurídico da empresa é inconstitucional; que a contratação de pessoal viola o princípio constitucional do concurso público; que a administração dos Hospitais Universitários Federais pela empresa fere a autonomia universitária. Além de argumentos frágeis em relação ao procedimento de adesão à Ebserh.

Como visto, o Poder Judiciário rechaçou todos estes argumentos, reconhecendo a constitucionalidade da criação da Ebserh, eis que a Constituição Federal autoriza a prestação de serviços públicos por empresas públicas. Do mesmo modo, o regime de contratação de pessoal da empresa, apesar de ser o celetista, observa, obrigatoriamente, a regra constitucional da prévia aprovação em concurso público. Além disso, não há que se falar em prejuízo ao regime único dos Servidores Públicos das Universidades.

As decisões judiciais reforçam, portanto, a legalidade da Ebserh na concretude de suas finalidades legais. E, além da análise estritamente jurídica acerca do tema, é possível verificar que algumas decisões adentram, inclusive, em questões relacionadas à viabilidade da empresa, sua atuação perante o Sistema Único de Saúde, reconhecendo a Ebserh como uma opção viável e exitosa de gestão pública.

Assim, o presente artigo buscou demonstrar o reconhecimento da importância e viabilidade da Ebserh, a partir de uma análise das ações judiciais que discutem a contratação da empresa pelas Universidades Federais. Para tanto, foram analisados os processos judiciais em que se discute a licitude e regularidade dos contratos firmados entre a estatal e as Universidades, para gestão dos Hospitais Universitários.

REFERÊNCIAS

ABBADE, Eduardo Botti. O impacto da gestão EBSERH na produção dos hospitais universitários do Brasil. Ciênc. saúde coletiva 27 (03). Mar 2022. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232022273.44562020. Acesso em: 25.07.23.

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 - EBSERH; acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12550.htm. Acesso em: 10. Set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2983/2015 - Plenário. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/2983%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 12. Set. 2023.

BRASIL. Decreto n.º 7.082/2010. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7082.htm. Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n.º 4.895-DF. 0041262-22.2020.8.21.7000. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJ: 19/08/2021. Jusbrasil, 2021. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1286832443/apelacao-civel-ac-70084029032-rs/inteiro-teor-1286832448. Acesso em: 02 out. 2023.

Sobre os hospitais universitários federais. Ebserh, 2023. Disponivel em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/sobre-os-hospitais-universitarios-federais. Acesso em 14 de out. 2023.

APLICAÇÃO DO REGIME DE PRECATÓRIO À EBSERH: ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO

APPLICATION OF THE PRECATORY REGIME TO EBSERH: ANALYSIS OF COMPLAINT AS A LEGAL INSTRUMENT

Bruna Luísa Soares Alves Menezes[1]
Everton Juliano da Silva[2]
Márcio Moreira Leal[3]

Resumo
Há algum tempo o Supremo Tribunal Federal tem sustentado que a natureza jurídica de direito privado das estatais dependentes não deve excluir a aplicação do regime constitucional de precatório. Apesar dessa interpretação ser amplamente aplicada a diversas empresas públicas e sociedades de economia mista, é notável a ausência de precedentes específicos em relação à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), resultando em divergências nos procedimentos de execução pelos tribunais. Não obstante, a eficácia vinculante da tese estabelecida pelo Supremo, as execuções com pagamentos diretos continuam sendo impostas às estatais dependentes. Diante desse cenário, surge a possibilidade de recorrer à Reclamação como instrumento jurídico para dirimir conflitos. Considerando que a Ebserh desempenha um papel fundamental na prestação de serviços públicos essenciais e que todos os seus recursos têm origem no erário, a não observância do sistema de precatórios pode comprometer significativamente a efetividade da execução dos serviços de saúde.
Palavras-chave: Estatais. Precatório. Reclamação.

[1] Advogada da Ebserh. Especialista em Direito Público, Direito Internacional e Direito Penal. Certificada em Compliance. Formação complementar em Humanidades - Relações Internacionais.
[2] Advogado da Ebserh. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil. LLM em Direito Empresarial.
[3] Advogado da Ebserh. Pós-graduado em Direito Público, Direito Médico e da Saúde, Direito Imobiliário e Direito Consumerista. Formação complementar: Bacharelado em Administração e Engenharia Civil (em andamento).

Abstract
For some time, the Federal Supreme Court has maintained that the legal nature of private law of state-owned enterprises dependent should not preclude the application of the constitutional precatory regime. Despite this interpretation being widely applied to various public companies and mixed-economy societies, there is a noticeable absence of specific precedents regarding the Brazilian Company of Hospital Services (Ebserh), leading to divergences in execution procedures by the courts. Nevertheless, notwithstanding the binding effectiveness of the thesis established by the Supreme Court, executions with direct payments continue to be imposed on dependent state-owned enterprises. In this scenario, the possibility of resorting to a Complaint as a legal instrument to resolve conflicts arises. Considering that Ebserh plays a crucial role in providing essential public services and that all its resources originate from the public treasury, the non-compliance with the precatory system can significantly compromise the effectiveness of healthcare service execution.
Keywords: State-owned enterprises. Precatory. Complaint.

1 INTRODUÇÃO

No contexto da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), uma entidade pública federal de extrema importância nos setores de saúde, educação e pesquisa, surge uma intricada questão jurídica: um considerável passivo judicial em que a empresa pública recebe tratamento focalizado exclusivamente na natureza jurídica de direito privado.

Neste cenário, a controvérsia central aqui abordada gira em torno da forma de cumprimento das suas obrigações financeiras decorrentes de condenações judiciais. A divergência entre os tribunais brasileiros sobre a forma da Ebserh cumprir com as decisões judiciais de pagar quantia certa por meio do instituto dos precatórios intensifica-se.

Considerando que a Ebserh depende integralmente de seu ente instituidor, seu orçamento deve estar em conformidade com todos os princípios do direito financeiro, com ênfase na previsibilidade. Além disso, visto que suas receitas são exclusivamente provenientes dos cofres públicos, a aplicação do regime de precatórios é a forma

constitucionalmente estabelecida para evitar surpresas orçamentárias, prevista no art. 100 da Constituição Federal, determina:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

No entanto, é crucial observar que o regime de precatórios é originalmente destinado a entidades da administração pública direta e indireta, que possuem personalidade jurídica de direito público.

O desafio surge com a criação da Ebserh pela Lei n.º 12.550 de 2011, a qual autorizou a configuração de empresa, como uma entidade unipessoal, com finalidade de prestar serviços gratuitos de saúde, sendo empresa pública, que nos termos do inciso II, do artigo 5º, do Decreto-Lei 200 de 1967, é de entidade de direito privado:

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

A partir dessa disposição, emerge uma notável discordância argumentativa entre os tribunais. Alguns órgãos judiciais defendem que a Ebserh, enquanto empresa pública, não se enquadra no regime de precatórios, tradicionalmente reservado a entidades com regime jurídico de direito público, especialmente a administração direta. Essa posição é fundamentada no artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece o estatuto jurídico da empresa pública, determinando "a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".

Nesse contexto, em que à Ebserh não são reconhecidas as

prerrogativas da Fazenda Pública e não lhe é permitido efetuar pagamentos via precatórios, surgem sérios riscos de penhora de valores e equipamentos essenciais para a prestação de serviços de saúde, ensino e pesquisa. Essa situação compromete substancialmente a gestão financeira da estatal e a continuidade das atividades críticas que a instituição desempenha.

Os riscos iminentes de penhora não apenas ameaçam a continuidade dos serviços de saúde oferecidos à população, mas também impactam diretamente o desenvolvimento do ensino e da pesquisa nas instituições vinculadas à Ebserh, com consequências significativas para a formação de profissionais de saúde e avanço científico.

Portanto, é crucial adotar uma abordagem jurídica coesa e uniforme na gestão financeira, em estrita conformidade com os princípios constitucionais, a fim de garantir o cumprimento das obrigações judiciais e a manutenção do acesso universal, equitativo e qualitativo aos serviços de saúde, bem como o contínuo fomento do ensino e da pesquisa nos hospitais universitários federais.

Em resumo, o problema em questão envolve a complexa relação entre a necessidade de pagamento das dívidas judiciais da Ebserh, a prerrogativa de utilizar o regime de precatórios e a interpretação não uniforme dos tribunais quanto a seu enquadramento como entidade equiparada à Fazenda Pública. A solução para esse dilema requer uma abordagem jurídica unificada, considerando tanto a missão crítica da Ebserh na oferta de serviços públicos de saúde, ensino e pesquisa, quanto a segurança financeira necessária para cumprir com suas obrigações judiciais, evitando a penhora de ativos essenciais.

Contudo, conforme será demonstrado, a aplicação do regime de precatórios à Ebserh é respaldada por uma vasta e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que legitima a utilização de instrumentos processuais de caráter objetivo e subjetivo, em virtude do caráter vinculante de muitos desses precedentes, os quais deveriam ser obrigatoriamente seguidos por todos os tribunais.

2 FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

O conceito de Fazenda Pública está intrinsecamente ligado ao princípio do interesse público. Essa designação não é atribuída a certos entes de forma arbitrária, mas sim em função dos interesses que buscam

ou defendem. Segundo a doutrina, o termo refere-se à presença das pessoas jurídicas de direito público em juízo, implicando que a União, os Estados, os Municípios, as autarquias e as fundações públicas recebam tal designação, beneficiando-se de um regime jurídico diferenciado.

Não haveria razões lógicas para justificar a concessão de regime jurídico diverso a determinados Entes, ao menos que estejam atuando em prol de um bem maior. Nesse sentido, a Suprema Corte brasileira, ao diferenciar o interesse público primário e secundário, consolidou o entendimento de que, quando buscando interesses privados, os entes públicos não deveriam usufruir das prerrogativas inerentes à Fazenda Pública.

Quanto à concessão dessas prerrogativas processuais, podemos atribuir dois significados distintos ao termo Fazenda Pública. Formalmente, consideramos como tal as pessoas jurídicas que a lei contempla com prerrogativas especiais. Materialmente, entidades que desempenham atividades essenciais ao Estado também podem ser designadas como Fazenda Pública, justificando a necessidade de algumas prerrogativas processuais especiais.

Exceto em casos excepcionais, a concessão de prerrogativas especiais a uma pessoa jurídica, não prevista em lei, ocorre mediante uma análise individualizada das atividades que ela desempenha. Geralmente, essa função é desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão responsável por interpretar a Constituição Federal, uma vez que a justificativa para tratamento diferenciado é extraída da Carta Magna, especialmente no que diz respeito ao regime de precatórios.

Ademais, a decisão de conceder ou não privilégios processuais a uma entidade específica pode implicar em violação a diversos direitos fundamentais, como a dignidade humana, o devido processo legal, o contraditório, a legítima defesa e o duplo grau de jurisdição. Isso reforça a competência da Suprema Corte para o reconhecimento dessas prerrogativas, quando não derivam logicamente da natureza jurídica do ente em questão.

Nesse contexto, a norma geral é que pessoas jurídicas de direito privado não usufruem das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, uma vez que teoricamente não buscam o interesse público. Esse entendimento é extraído do art. 173, §2º da Constituição Federal, que estipula: "As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor

privado."

Embora o texto mencione apenas privilégios fiscais, uma interpretação sistemática da Constituição Federal permite concluir que, quando estão envolvidas na exploração de atividade econômica, as empresas e sociedades de economia mista equiparam-se ao setor privado em geral, atuando em regime concorrencial e observando o princípio da livre concorrência. Conferir prerrogativas a essas entidades violaria esse princípio.

No entanto, a distinção entre empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica e aquelas que prestam serviços públicos é crucial. Além disso, dentro desse contexto, algumas atuam em regime concorrencial, enquanto outras dependem exclusivamente do ente instituidor, sem interferir no mercado.

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se pronunciar sobre a concessão de prerrogativas a empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, atuando em regime não concorrencial. O caso mais significativo é o da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. A jurisprudência do STF reitera a extensão do regime de precatórios a essas entidades quando prestam serviços em caráter não concorrencial[1].

Em resumo, o STF estabelece três requisitos cumulativos para a aplicação do regimede precatórios a estatais: prestação exclusiva de serviços públicos essenciais, atuação em regime não concorrencial e ausência de finalidade primária de distribuição de lucros.

Questiona-se, então, se esses precedentes se aplicariam à Ebserh, uma estatal unipessoal dependente que exerce atividade essencial em regime não concorrencial e não busca lucro. Ao nosso ver, não há dúvidas sobre a aplicação do regime de precatórios à Ebserh. No entanto, divergências nos tribunais exigem medidas processuais para garantir esse direito constitucional, conforme interpretado pelo STF.

Uma alternativa seria recorrer à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, obtendo-se uma decisão vinculante. Contudo, esse processo objetivo apresenta obstáculos, como a legitimidade restrita para postular e a demora em sua resolução, enquanto processos subjetivos que demandam pagamentos ou garantias para o exercício do direito de defesa no processo de execução surgem diariamente.

[1] São exemplos: ADPF 858; ADPF 896; ADPF 949.

Portanto, considerando a existência de uma tese analítica do STF reconhecendo a aplicação do regime de precatórios a empresas públicas e sociedades de economia mista, sem limitações específicas, é possível defender o uso da Reclamação como uma abordagem mais ágil, acessível e direcionada aos processos subjetivos nos quais o regime de precatórios é negado à Ebserh.

3 O USO DA RECLAMAÇÃO

A origem da reclamação remonta à construção pretoriana, fundamentada na teoria dos poderes implícitos, que reconhece a capacidade inerente de todos os tribunais de conferir efetividade às suas decisões. A ideia subjacente é que o julgamento em única e última instância seria fragilizado se o prolator da decisão não pudesse resguardar sua autoridade.

Embora o STF conceba a reclamação como um exercício do direito de petição, a discussão sobre sua natureza jurídica persiste. Na Reclamação n.º 141/52, o Ministro Nelson Hungria expressou a opinião de que não se trata de recurso, mas sim de uma simples representação perante o tribunal prolator da decisão contestada. Nesse contexto, também afirmou que a reclamação seria uma manifestação do direito de petição, portanto independeria de previsão legal, sendo autoexecutável.

Por outro lado, uma corrente doutrinária relevante considera a reclamação como uma ação de competência originária do tribunal, possuindo, assim, natureza ação[2]. Argumenta-se que ela depende da provocação das partes e que sua decisão pode resultar na cassação de uma decisão contrária ao entendimento consolidado do tribunal, sem a necessidade do órgão inferior proferir outra, ou na avocação de processo. Diante desses desdobramentos, torna-se possível afastar a natureza jurídica de recurso.

Curiosamente, já se aventou a possibilidade da reclamação ter a natureza de correição parcial. Porém, essa ideia foi rapidamente descartada devido à natureza administrativa e disciplinar da correição. Além disso, também não poderia ser considerada um incidente

[2] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: o Processo Civil nos Tribunais, Recursos, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querela Nullitatis, Incidente de Competência Originária de Tribunal. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

processual, uma vez que não se trata de uma situação nova dentro do mesmo processo, dado que recai sobre um posicionamento preexistente do tribunal.

Interessante destaque foi dado por Ada Pelegrini ao considerar ser a reclamação uma garantia processual do Estado de Direto:

> Ao lado desses, um terceiro argumento deve ser lembrado: é que o remédio, agora previsto de forma expressa e clara, insere-se num quadro mais amplo de garantias processuais próprias do Estado de Direito, consagradas não somente nas cartas constitucionais contemporâneas, mas também nos próprios textos internacionais, cuja maior preocupação é assegurar não apenas a proteção jurisdicional dos direitos, mas sobretudo a indispensável efetividade dessa mesma proteção.(GRINOVER, 2000)

A reclamação teve sua origem inicialmente no regimento interno do STF e, em 1988, alcançou *status* constitucional, conforme disposto nos artigos 102, I, l, e 105, I, f. Posteriormente, em 2015, o Novo Código de Processo Civil incorporou no Capítulo IX, do Título I, intitulado "Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais", pertencente ao Livro III, dedicado aos "processos nos tribunais e dos meios e impugnação das decisões judiciais".

O referido código ampliou as situações em que a reclamação pode ser interposta, permitindo, inclusive, sua aplicação em tribunais de instância inferior aos superiores. Assim, para preservar a autoridade de suas decisões ou garantir a observância das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ou súmula vinculante, é viável que tribunais de segundo grau recebam e analisem reclamações, embora restritas às hipóteses previstas em lei.

Contudo, o foco aqui é na utilização inicial da reclamação, que continua sendo a mais comum e prevalente até hoje, ou seja, o seu emprego para assegurar a autoridade das decisões dos tribunais superiores, notadamente do STF. Isso ocorre tanto no contexto de preservar a autoridade das decisões quanto na garantia da observância das decisões emanadas em controle concentrado de constitucionalidade

ou súmula vinculante.

Conforme a análise de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha (2016), cada uma das hipóteses delineadas no artigo 988 do NCPC constitui uma causa de pedir suficiente para fundamentar a reclamação. Cada causa de pedir, por sua vez, representa uma questão de fato que delimita a cognição do tribunal que recebe a reclamação.

Assim, o inciso III do art. 988 emerge como uma das causas de pedir da reclamação. Sempre que uma decisão em controle concentrado de constitucionalidade prévia, proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), for desconsiderada por órgão judiciário ou administrativo, surge o direito à reclamação no Superior Tribunal Federal. Esse mecanismo visa garantir a autoridade e observância das decisões do tribunal.

Decisões nessas ações objetivas possuem efeito vinculante e erga omnes, impondo a sua observância a todos os órgãos administrativos e jurisdicionais. A não conformidade com tais decisões desencadeia a causa de pedir da reclamação.

Nascida a causa de pedir, devido a sua natureza jurídica de ação, a reclamação será iniciada com uma petição inicial, observando os requisitos do art. 319 do CPC, acompanhada dos documentos indispensáveis, uma vez que exige-se prova pré-constituída.

Cabe ressaltar a possibilidade de concessão de tutela provisória, dado que a reclamação é apresentada antes do trânsito em julgado da decisão que a motivou. Assim, é possível a suspensão do processo ou do ato impugnado para prevenir danos irreparáveis, especialmente durante a execução, quando a tutela provisória previne medidas constritivas ou expropriatórias[3].

---

[3] EMENTA: REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO. EMPRESA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE NATUREZA NÃO CONCORRENCIAL. REGIME DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDAS NAS ARGUIÇÕESDE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 275, 387 E 485. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA INERENTES AO BLOQUEIO INDEVIDO DE RECURSOS PÚBLICOS PARA A SATISFAÇÃO DE CRÉDITOS INDIVIDUAIS. COMPROMETIMENTO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

No contexto do uso da reclamação no processo de execução, apresenta-se como empecilho o enunciado 734 da súmula do STF, que afirma: "não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega ter desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal".

Destarte, a alegação do trânsito em julgado como obstáculo à reclamação na fase de execução não é argumento válido para impedir o uso desse instrumento. Tanto o inciso I, § 5º, do art. 988 do CPC quanto a súmula 794 do STF referem-se à impossibilidade da reclamação diante do trânsito em julgado do ato judicial ou decisão que desrespeitou a decisão do STF.

Nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:

> Embora se trate de um só processo, cada fase tem início por uma demanda própria. Há, para cada fase, uma pretensão à tutela jurisdicional distinta. A exigência de requerimento caracteriza o cumprimento de sentença que reconhecer a obrigação de pagar quantia como uma demanda contida no mesmo processo. Sendo o cumprimento de sentença apenas uma das fases de um mesmo processo, o juiz, de acordo com a regra do impulso oficial (CPC, art. 2º), poderia, em princípio, dar início, de ofício, à fase do cumprimento da sentença. Só que não lhe é possível fazê-lo, justamente porque o cumprimento da sentença (no caso de obrigação pecuniária) instaura-se por demanda proposta pelo exequente.
>
> Tal requerimento do exequente nada mais é do que uma petição inicial simplificada, cujos

PÚBLICOS ESSENCIAIS PARA A COLETIVIDADE. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA, AD REFERENDUM DA TURMA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 989, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO PROCESSO N.º 0000115-73.2021.5.07.0031, EM TRÂMITE PERANTE O JUÍZO TRABALHISTA DA VARA ÚNICA DO TRABALHO DE PACAJUS/CE, DETERMINANDO A APLICAÇÃO À RECLAMANTE DO REGIME DE EXECUÇÃO PRÓPRIO DA FAZENDA PÚBLICA ATÉ ULTERIOR DECISÃO NESTESAUTOS. (Rcl 56668 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 15-05-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-05-2023 PUBLIC 18-05-2023)

> requisitos – quando ajuizada contra a Fazenda Pública – estão relacionados no art. 534 do CPC. (CUNHA, 2020, p. 478)

Assim, a imutabilidade da sentença na fase de conhecimento não constituiria um obstáculo para o ajuizamento de uma reclamação baseada em determinação da fase de execução, na qual novas decisões são prolatadas visando o cumprimento do título executivo judicial.

Nesse sentido, ao considerar que o reconhecimento do direito ao pagamento por precatório configura uma nova deliberação no processo de cumprimento de sentença, o trânsito em julgado na fase de conhecimento não impediria a propositura da reclamação, uma vez que esta não incidiria sobre a referida decisão. Além disso, é relevante ressaltar que o regime de precatório não se configura como um direito material, mas sim como uma sistemática diferenciada para a satisfação das obrigações de pagamento de quantia certa por parte da fazenda pública.

Ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

> A execução contra a Fazenda Pública, mesmo as de "pequeno valor", representa, nesse sentido, muito mais um "procedimento administrativo" de requisição de pagamento feito por uma das funções do Estado (a jurisdicional) para outra (a administrativa). Um típico caso, assim, de cooperação entre duas funções do Estado para atingimento de uma mesma finalidade. (NEVES, 2018, p.193)

Desta forma, ao considerar que a coisa julgada incide exclusivamente sobre o direito material estabelecido no dispositivo da sentença, sem abranger questões processuais e procedimentais subsequentes, não haveria impedimento para a aplicação do regime de precatório na fase de execução da sentença.

Ademais, mesmo quando a fazenda pública não é parte vencida na fase de conhecimento, geralmente o debate sobre as prerrogativas dessa entidade não constitui o cerne da demanda, o que também impediria a formação da coisa julgada sobre esse ponto, pois não estaria no mérito do processo.

A redação do art. 502, do CPC, diz que "denomina-se coisa

julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso". Valendo-se dessa afirmação, parte da doutrina diz que a imutabilidade e indiscutibilidade se processam apenas quanto à decisão de mérito. Destaca os autores Eduardo Arruda Alvim, Daniel Granado e Eduardo Ferreira:

> Distingue-se a coisa julgada material, a que faz menção o art. 502 do CPC/2015, da coisa julgada formal. Esta última opera efeitos endoprocessuais e decorre do esgotamento dos recursos cabíveis.
> A coisa julgada material opera efeitos panprocessuais, como se terá oportunidade de melhor analisar. Nesta hipótese, havendo coisa julgada material, o comando que emerge da parte dispositiva da sentença torna-se imutável e indiscutível no processo em que a sentença for prolatada ou em outro qualquer.
> A fundamentação da sentença não faz coisa julgada, segundo o inciso I do art. 504 do CPC/2015 (diz referido dispositivo que os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada).
> Só se forma a coisa julgada material nos casos do art. 487 do CPC/2015, isto é, quando há resolução do mérito, vale dizer, do pedido. (ALVIM, GRANADO e FERREIRA, 2019. p.974)

A partir desse trecho, podemos inferir que se a decisão não abrange o mérito da questão, ou seja, o pedido expresso na petição inicial, não haveria formação de coisa julgada. Portanto, em processos que envolvem uma demanda material distinta, o afastamento das prerrogativas da fazenda pública, sendo uma questão processual relacionada à fase de conhecimento, não resultaria em coisa julgada capaz de impedir o reconhecimento da aplicação do regime de precatório na fase de execução.

Apesar de ser consensual que a reclamação é cabível quando uma decisão proferida em um processo objetivo não é observada, há divergências quanto à extensão desse cabimento. Em outras palavras, a

reclamação se aplica para assegurar tanto o dispositivo quanto a fundamentação da decisão[4]? Segundo a perspectiva de Fredie Didier, a reclamação seria pertinente para abranger toda a extensão da decisão em controle concentrado. Vejamos:

> A decisão de ADI, ADC ou ADPF, além de decidir a questão objetiva que lhe foi submetida, torna-se precedente, estabelecendo a norma geral para casos futuros semelhantes. Quando o STF afirma, por exemplo, que uma lei estadual é inconstitucional, ele não só cria a regra do caso, como também produz um precedente, para que, em casos futuros, que digam respeito a outras leis estaduais, este mesmo entendimento seja observado. Se um órgão jurisdicional considerar como constitucional uma lei estadual análoga àquela que o STF considerou inconstitucional, caberá reclamação, em razão do desrespeito ao precedente nascido de uma decisão em controle concentrado. A reclamação, nesse caso, serve para fazervaler a *ratio decidendi* do precedente (fundamentação) adotada pelo STF, em um processo de controle concentrado de constitucionalidade. (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 549)

Conforme os autores mencionados, a parte dispositiva de uma decisão representa a solução da questão, enquanto o raciocínio jurídico que embasa tal entendimento está contido na fundamentação. Assim, tanto a fundamentação quanto o dispositivo deveriam ser observados de maneira obrigatória, justificando o uso da reclamação para assegurar a adesão ao precedente, inclusive fortalecendo a eficácia vinculante.

Apesar de compreender que a abordagem acima é a mais eficaz para os objetivos da reclamação, especialmente quando se considera que nenhuma solução é proposta sem a construção de um raciocínio jurídico, e que é esse raciocínio que deve ser aplicado aos casos

[4] *Ratio decidendi*.

análogos, o STF já rejeitou a admissibilidade da reclamação em situações que há violação apenas ao precedente, sem haver afronta à coisa julgada[5].

Entretanto, esse entendimento mais restritivo do STF não deve servir de obstáculo à utilização da reclamação quando um órgão jurisdicional nega a aplicação do regime de precatório para o cumprimento de obrigações de pagamento por uma entidade da administração indireta prestadora de serviço essencial.

Em primeiro lugar, tal posição é respaldada pela jurisprudência consolidada do STF, que sustenta a aplicabilidade do regime de precatórios à administração indireta prestadora de serviços essenciais em regime não concorrencial, conforme evidenciado por diversos precedentes. Além disso, o Tema 253 de Repercussão Geral abordou a "aplicabilidade do regime de precatórios às entidades da Administração Indireta prestadoras de serviços públicos essenciais", estabelecendo a tese:

> Tese: Sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica em regime concorrencial não se beneficiam do regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição da República.

Uma leitura atenta do enunciado revela que foram excluídas do regime de precatórios apenas as sociedades de economia mista que atuam em regime concorrencial. Por conseguinte, sociedades de economia mista operando em regime não concorrencial beneficiam-se

[5] RECLAMAÇÃO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM VENCIMENTOS. ADI 1.770. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA ESTRITA. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. I - É improcedente a reclamação que trate de situação que não guarda relação de estrita pertinência com o parâmetro de controle. II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante. III - O acórdão prolatado na ADI 1.770 não decidiu sobre a possibilidade de empresa pública despedir, ou não, empregado público após sua aposentadoria, nem, caso despedisse, se a consequência seria reintegrar o empregado, ou garantir-lhe as verbas rescisórias. IV - Reclamação julgada improcedente.Rcl 8168, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037DIVULG 26-02-2016 PUBLIC 29-02-2016)

do regime de precatórios.

Focando na análise dessa tese específica, surge a indagação sobre a inclusão das empresas públicas. A Lei n.º 13.303/2016 estabelece uma diferenciação clara entre sociedades de economia mista e empresas públicas com base na composição do capital. Enquanto nas sociedades de economia mista é exigida a predominância do capital público, permitindo a participação de capital privado, nas empresas públicas o capital social é integralmente pertencente à União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou entidades da administração indireta[6].

Com base nessa definição, não seria lógico concluir que se extrai da interpretação dessa tese aplicação exclusiva às sociedades de economia mista e não às empresas públicas. Essa incoerência se torna ainda mais evidente quando destacamos que 100% do capital das empresas públicas é de origem pública, reforçando a lógica de aplicação do regime de precatórios.

Em sintonia com esse raciocínio, o STF proferiu várias decisões em Arguição de Preceito Fundamental, como já mencionado anteriormente, nas quais afirmou de forma inequívoca a aplicabilidade do regime de precatórios às empresas públicas que prestam serviços públicos essenciais em regime não concorrencial.

A posição consolidada da Suprema Corte é tão robusta que permite a defesa da aplicação do regime de precatório inclusive por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), como se observa da ementa abaixo:

> EMENTA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÕES JUDICIAIS. ENCERRAMENTO DA FASE EXECUTÓRIA COM ARQUIVAMENTO DEFINITIVO DOS AUTOS. CONHECIMENTO PARCIAL. MEDIDAS CONSTRITIVAS DO PATRIMÔNIO DO ESTADO E DE EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO PRÓPRIO DO ESTADO DE NATUREZA NÃO CONCORRENCIAL. VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, DA

[6] Artigos 3º e 4ª, da Lei n.º 13.303/2016.

> LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA E DO REGIME DE
> PRECATÓRIOS. 1. Conforme ótica reiterada desta Corte, admite-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) para impugnar conjunto de decisões judiciais por meio das quais determinada a penhora, o sequestro ou o bloqueio de recursos públicos. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento pela inadequação da ADPF voltada à desconstituição da autoridade da coisa julgada material. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da aplicabilidade, às empresas públicas prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial, do regime de precatório próprio da Fazenda Pública (CF, art. 100). 4. Atos judiciais que determinam medidas constritivas de receitas públicas com a finalidade de satisfazer créditos trabalhistas violam os preceitos fundamentais da separação de poderes, da eficiência administrativa, da legalidade orçamentária e da continuidade dos serviços públicos (CF, arts. 2º; 60, § 4º, III; 37, caput; 167, VI; e 175). Precedentes. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental conhecida em parte e, nessa extensão, julgada procedente, cassando-se as decisões judiciais que promoveram medidas constritivas por bloqueio, penhora, arresto, sequestro e liberação de valores de verbas públicas da Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (Conder) e do Estado da Bahia, bem assim determinando-se a submissão daquela empresa ao regime constitucional dos precatórios.(ADPF 858, Relator(a): NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 10-10-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 28-10-2022 PUBLIC 03-11-2022)

O §4º do art. 988, do CPC, é transparente ao estabelecer que o inciso III do caput abrange tanto a aplicação indevida da tese jurídica

quanto a sua não aplicação nos casos pertinentes. Dessa forma, diante da existência de uma tese vinculante emanada da Suprema Corte, que respalda a propositura da ação constitucional de controle de constitucionalidade, a ADPF, de natureza excepcional, não há argumentos para excluir o uso da reclamação na defesa dessa mesma tese.

Por outro lado, a importância do reconhecimento da aplicação do regime de precatório não se restringe à ordem preferencial de pagamento, abarcando também a salvaguarda do patrimônio público. Uma observação pertinente é ressaltada por Leonardo Carneiro da Cunha, ao enfatizar que, como uma decorrência lógica da impenhorabilidade e indisponibilidade dos bens públicos, que englobam os valores destinados ao cumprimento das sentenças, e do próprio regime de precatórios, a legislação prevê a dispensa da garantia para a apresentação de embargos à execução:

> A execução contra a Fazenda Pública tem seu regime jurídico disciplinado pela Constituição Federal, que estabelece ser necessária a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. E, para que se possa garantir o pagamento dos créditos inscritos em precatório ou constantes de requisições de pequeno valor, a "União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aferirão mensalmente, em base anual, o comprometimento de suas respectivas receitas correntes líquidas com o pagamento de precatórios e obrigações de pequeno valor" (CF, art. 100, § 17, incluído pela EC 94/2016). Os bens públicos são revestidos dos atributos da inalienabilidade e impenhorabilidade, motivo pelo qual se revela inoperante, em face da Fazenda Pública, a regra de responsabilidade patrimonial prevista no art. 789 do CPC.
>
> Desse modo, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública está estruturada de modo especial, não havendo penhora nem apropriação ou expropriação de bens para alienação judicial, a fim de satisfazer o crédito executado.

> Enfim, a execução contra a Fazenda Pública rege-se por regras próprias, que serão examinadas no presente capítulo. (CUNHA, 2020. p. 476)

Observa-se que ao implementar o regime constitucional de precatório, é imperativo garantir não apenas a sua aplicação, mas também assegurar que a sua sistemática esteja alinhada com os princípios processuais e com o regime jurídico administrativo de forma efetiva.

Diante de todo o exposto, infere-se que a reclamação pode ser, de fato, um instrumento viável, acessível e eficaz para assegurar a aplicação da sistemática de precatórios à execução quando envolver uma entidade estatal prestadora de serviço público essencial, atuando em regime não concorrencial.

4 CONCLUSÃO

Considerando que chegamos ao entendimento de que a reclamação é adequada para assegurar a observância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que estabelece a aplicação da sistemática de precatórios às empresas estatais que, cumulativamente, oferecem serviço público essencial e operam em regime não concorrencial, resta agora analisar o emprego da reclamação para garantir que a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) cumpra suas obrigações financeiras por meio de precatório.

A legislação que autoriza a criação de uma empresa pública para fornecer serviços gratuitos a instituições públicas federais de ensino ou instituições similares de apoio ao ensino, pesquisa e extensão, assim como ao ensino-aprendizagem e à formação no âmbito da saúde pública, foi submetida a uma análise de sua constitucionalidade.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4895, que obteve trânsito em julgado em 13/02/2021, discutiu-se a criação e a natureza jurídica da Ebserh enquanto provedora de serviços públicos gratuitos. Vejamos a ementa:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.550/2011. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES.

> PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GRATUITOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR À COMUNIDADE E DE APOIO À FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE. INC. XIX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSENTE A PREVISÃO DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA A DEFINIÇÃO DAS ÁREAS DE ATUAÇÃO DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO. REGIME DE PESSOAL CELETISTA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 4895, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021)

No bojo da decisão, a Ministra Relatora da ADI consignou em seu voto:

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

instrumentalizar a intervenção estatal na seara das atividades econômicas em sentido estrito". O Ministro Joaquim Barbosa salientou, em voto proferido no Recurso Extraordinário n. 599.628 (DJe de 17.10.2011), que *"o exercício de atividade com intuito lucrativo, sem monopólio estatal, deve submeter-se aos instrumentos de garantia do equilíbrio concorrencial, nos termos do art. 173, § 1º, II e § 2º da Constituição. Em especial, aempresa pública e a sociedade de economia mista devem despir-se das prerrogativas próprias do Estado nas hipóteses em que incursionarem na seara de exploração econômica".* 6.

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

[...]

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

[...]

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

Como evidenciado, o próprio Supremo Tribunal Federal já deliberou que a natureza jurídica da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares não a exime da aplicação dos preceitos de direito público constitucionalmente previstos. Logo, é plausível afirmar que entre tais preceitos se enquadra o regime jurídico dos precatórios.

A Ebserh foi estabelecida exclusivamente para oferecer serviços de assistência à saúde de forma integral e exclusiva no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme o § 1º do art. 3º da Lei n.º 12.550/2011. Não há dúvidas quanto à essencialidade e gratuidade dos serviços por ela prestados.

Portanto, ao considerar a jurisprudência do STF em relação à própria Ebserh e à aplicação da sistemática dos precatórios às estatais dependentes, é intuitivo concluir pela aplicabilidade do art. 100 da Constituição Federal ao cumprimento das obrigações de pagar quantia certa em que a estatal é devedora.

Dessa forma, todo o raciocínio previamente desenvolvido sobre a utilização da reclamação para resguardar o patrimônio público de medidas expropriatórias que determinam a execução das obrigações de pagar quantia certa sem observar o regramento especial da fazenda pública é pertinente à Ebserh.

Por fim, a utilização da reclamação nessa situação não apenas assegurará a observância de decisão em controle concentrado de constitucionalidade, mas também terá um efeito uniformizador, prevenindo que alguns tribunais determinem medidas expropriatórias

e comprometam a prestação do serviço de saúde em inúmeros hospitais públicos pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: o Processo Civil nos Tribunais, Recursos, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querela Nullitatis, Incidente de Competência Originária de Tribunal. 12.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Curso de Direito Processual Civil: Execução, Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões. v.3. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reclamação para Garantia da Autoridade das Decisões dos Tribunais. Revista de Direito Processual, n.º 2, Jun-Jul/2000. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec
a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_02_11.pdf Acesso em: 09 out. 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AS ESTRATÉGIAS DA EBSERH PARA OTIMIZAR O TEMPO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS ATRAVÉS DO USO DAS FERRAMENTAS SEI E PARECER REFERENCIAL JURÍDICO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS NA FILIAL HU-UFS/EBSERH

EBSERH'S STRATEGIES TO OPTIMIZE ADMINISTRATIVE PROCESS TIME THROUGH THE USE OF SEI TOOLS AND LEGAL REFERENCE OPINION IN BIDDING PROCESSES AT THE HU-UFS/EBSERH BRANCH OFFICE

Priscila Jesus Mendonça[1]

Resumo

A rede Ebserh (Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares), em 2017, iniciou o processo rumo à utilização do SEI (Sistema Eletrônico de Informações) e, em 2019, a utilizar-se dos Pareceres Referenciais visando dar maior celeridade aos serviços administrativos, além de promover a uniformização de atuação nas administrações dos órgãos envolvidos. Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar, comparativamente, o prazo em dias, desde a entrada até a saída, dos processos licitatórios por meio de processos físicos (em papel) e eletrônico (SEI) para a continuidade da licitação, bem como analisar, comparativamente para os processos licitatórios, o prazo em dias do Parecer jurídico do SRP (Sistema de Registro de Preços) com o mesmo prazo após a implementação do Parecer Referencial jurídico. Considerando a seguinte hipótese: observar a existência da otimização do tempo, ou se houve sua redução na conclusão dos processos licitatórios da filial HU-UFS (Hospital Universitário da Universidade de Sergipe) após a implantação do SEI em 2018 e a inserção do parecer referencial jurídico em 2019. Após análise dos dados, foram perceptíveis a otimização, a redução do tempo e a agilidade que os processos licitatórios ganharam ao longo dos anos no HU-UFS/Ebserh com as introduções do SEI e do Parecer Referencial jurídico.

[1] Chefe da Unidade de Apoio Operacional 2 da Coordenadoria de Comunicação Social da Ebserh. Administradora de Empresas. Mestra em Economia. Especialista em licitações, contratos, convênios e gestão pública e hospitalar.

Palavras-chave: SEI. Parecer Referencial Jurídico. Processos licitatórios.

Abstract
In 2017, Ebserh (in Portuguese: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares), a public company that manages university hospitals, began the process towards using SEI (Electronic Information System; in Portuguese: Sistema Eletrônico de Informações), and, in 2019, using Legal Reference Opinions from its Legal Department, aiming to speed up administrative services, in addition to promote uniformity of procedure in the administration of departments involved. In that respect, this article aims to analyze, comparatively, the period in days, from entry to exit, of bidding processes through physical (paper) and electronic (SEI) processes for the continuity of the bidding, as well as analyze, also comparatively for bidding processes, the period in days of the legal opinion of the SRP (Price Registration System; in Portuguese: Sistema de Registro de Preços) within the same period after the implementation of the Legal Reference Opinion. Considering the following hypothesis: observing the existence of time optimization, or whether there was a reduction in the completion of bidding processes at the HU-UFS branch (University Hospital of the University of Sergipe; in Portuguese: Hospital Universitário da Universidade Federal de Sergipe) after the implementation of SEI in 2018 and the insertion of the Legal Reference Opinion in 2019. After analyzing the data, the optimization, time reduction and agility that bidding processes gained over the years at HU-UFS/Ebserh with the introduction of the SEI and the Legal Reference Opinion were noticeable.
Keywords: SEI. Legal Reference Opinion. Bidding processes.

1 INTRODUÇÃO

A Ebserh (Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares) foi criada com a finalidade de recuperar e gerir os hospitais universitários do Governo Federal por meio da Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011, sendo uma empresa pública vinculada ao MEC (Ministério da Educação) para prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à sociedade, assim como oferecer às instituições públicas federais de

ensino ou instituições congêneres serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública (Brasil, 2018).

De acordo com o site da Ebserh, atualmente, a rede possui 41 hospitais universitários federais vinculados. Desde a criação, os avanços gerenciais estão entre as atribuições assumidas pela empresa tais como: a coordenação e avaliação da execução das atividades dos hospitais; o apoio técnico à elaboração de instrumentos de melhoria da gestão e a elaboração da matriz de distribuição de recursos para os hospitais, para saber mais acesse o link[1] (Ebserh, 2023).

Nesse contexto, o contrato de adesão cabe a cada universidade no âmbito de sua autonomia a partir da assinatura de Termo de Adesão e contrato. As obrigações dos signatários constam neste documento estando presentes as metas de desempenho, indicadores, e prazos de execução à sistemática para o acompanhamento e avaliação das metas estabelecidas (Ebserh, 2023).

Buscando exercer os princípios que regem a administração pública, a rede Ebserh, em 2017, iniciou o processo rumo à utilização do SEI (Sistema Eletrônico de Informações) com a recomposição do Comitê Gestor do Processo Eletrônico (CGPE), por meio da Portaria n 145, de 16 de junho de 2017. O SEI é uma das três grandes ações do PEN (Processo Eletrônico Nacional) cujo objetivo é construir uma infraestrutura pública de processos e documentos administrativos eletrônicos (Ebserh, 2021).

Logo, com a visão de aprimorar e agilizar as tramitações administrativas de processos licitatórios, a utilização dos Pareceres Referenciais visa dar maior celeridade aos serviços administrativos, além de promover a uniformização de atuação dos órgãos envolvidos. Nesse contexto, a Ebserh passou em 2019 a utilizar-se dos Pareceres Referenciais visando dar maior celeridade aos serviços administrativos, além de promover a uniformização de atuação dos órgãos envolvidos (Ebserh, 2021).

Assim, o artigo terá como hipótese: observar a existência da otimização do tempo, ou se houve redução dele na conclusão dos procedimentos dentro dos processos licitatórios da filial Hospital

[1] EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Sobre os Hospitais Universitários Federais. [Brasília, 2023]. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/sobre-os-hospitais-universitarios-federais. Acesso em: 08 out. 2023.

Universitário da Universidade Federal de Sergipe (HU-UFS) após a implantação do SEI em 2018 e a inserção do Parecer Referencial jurídico em 2019. Como justificativa, o estudo visa demonstrar os ganhos de eficiência para os processos licitatórios no Sistema de Registro de Preços (SRP) da Ebserh com implantação das ferramentas do SEI e do Parecer Referencial jurídico e que podem ser replicados como boas práticas em outros organismos da administração pública.

Os objetivos específicos são:

- Analisar, comparativamente, o prazo em dias dos processos licitatórios desde a entrada até a saída por meio dos processos físicos (em papel) e eletrônico (SEI) para a continuidade da licitação.
- Analisar, comparativamente para os processos licitatórios, o prazo em dias do parecer jurídico do Sistema de Registro de Preços (SRP) com o mesmo prazo após a implementação do Parecer Referencial jurídico.
- Identificar os ganhos de eficiência com as implantações das ferramentas SEI e Parecer Referencial jurídico.

O artigo está estruturado em cinco seções: a seção um introduz o tema que será abordado; a seção dois discute a definição do Sistema Eletrônico de Informação (SEI); a seção três, o Parecer Referencial jurídico; a seção quatro, o HU-UFS e a adesão a Ebserh; na seção cinco, são definidos os procedimentos metodológicos verbalizados pelo método comparativo através de análise estatística; seguindo, na seção seis, pela a análise dos resultados; finalmente apresentam-se, na seção sete, as conclusões, seguidas das referências.

2 SISTEMA ELETRÔNICO DE INFORMAÇÃO (SEI)

A administração pública utiliza-se de uma ferramenta denominada “processo administrativo” ao desempenhar suas atividades. Tal instituto pode ser conceituado como “instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração”, segundo Carvalho Filho (2009, p. 906).

O artigo 5° da CF/88, no inciso LV do garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes e o inciso LXXVIII do mesmo artigo concede a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Brasil, 1988).

Seguindo a análise no âmbito jurídico, a lei n 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no art. 2° baliza que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (Brasil, 1999).

O princípio da eficiência implementou o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal. Nesse sentido, economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valorizados no referido princípio (Mazza, 2014).

A eficiência na visão administrativa, mira no melhor uso dos recursos disponíveis pela organização para obtenção dos produtos e serviços, "buscando a melhor relação custos/resultados, avaliando o processamento dos insumos e procurando atingir alto nível de qualidade naquilo que está sendo feito", segundo Lacombe (2015, p. 5).

O desenvolvimento tecnológico sempre constituiu a plataforma básica que impulsionou o desenvolvimento das organizações e permitiu a consolidação da globalização. O computador disponibilizou para as instituições a possibilidade de lidar com grandes números e diferentes negócios simultaneamente a um custo mais baixo, mais rapidez e absoluta confiabilidade (Chiavenato, 2014).

Nesse contexto, a administração pública, obedecendo o que lhe confere o art. 84, caput , inciso IV e inciso VI, alínea "a", da Constituição, tendo em vista a modernização dos atos administrativos e praticar o princípio da eficiência, dispôs no decreto n.º 8.539, de 8 de outubro de 2015, sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, para mais informações, acesse o link[2] (Presidência da República, 2015).

Buscando exercer os princípios que regem a administração pública, a rede Ebserh, em 2017, iniciou o processo rumo à utilização do SEI com a recomposição do CGPE (Comitê Gestor do Processo

[2] PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, SECRETARIA GERAL. Decreto n.º 8.539, de 8 de outubro de 2015. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 2, 9 out. 2015 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

Eletrônico), por meio da Portaria n 145, de 16 de junho de 2017. O SEI é uma das três grandes ações do PEN (Processo Eletrônico Nacional) cujo objetivo é construir uma infraestrutura pública de processos e documentos administrativos eletrônicos (Ebserh, 2021).

O sistema desenvolvido pelo TRF4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) permite a produção, a edição, a assinatura e o trâmite de documentos dentro do próprio SEI, além de possibilitar a atuação simultânea de diversas unidades em um mesmo processo, ainda que distantes fisicamente, reduzindo o tempo de realização das atividades, para mais informações, acesse o link [3](Ebserh, 2021).

Os benefícios são inúmeros. Tais como: acompanhamento de processos online e assinatura de documentos por usuários internos e externos; aumento da produtividade e diminuição do uso do papel; sistema intuitivo e estruturado, com boa navegabilidade e usabilidade; acesso remoto por meio de diversos tipos de equipamentos (notebooks, tablets, smartphones etc.); melhoria nos fluxos de trabalho e agilidade na tramitação; sem ônus (Ebserh, 2021).

O início das primeiras tramitações de processos eletrônicos no HU-UFS/Ebserh ocorreram em junho de 2018 e desde então a agilidade nos procedimentos foi sentida por todos os usuários, havendo ganho de eficiência de modo geral em diversos processos administrativos a exemplo dos processos de licitação.

3 PARECER REFERENCIAL JURÍDICO

Os pareceres referenciais são manifestações jurídicas emitidas sobre matérias idênticas e recorrentes que promovem a dispensa da análise individualizada pelos órgãos consultivos sempre que o caso concreto se amoldar aos termos das citadas manifestações, mediante ateste expresso da área técnica. A utilização dos Pareceres Referenciais visa dar maior celeridade aos serviços administrativos, além de promover a uniformização de atuação dos órgãos envolvidos, para saber mais sobre o tema, acesse o *link*[4] (Brasil, 2023).

[3] EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Sistema Eletrônico de Informações - SEI!. [Brasília, 2021]. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/governanca/plataformas-e-tecnologias/sei. Acesso em: 08 out. 2023.

[4] BRASIL. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Pareceres referenciais. [Brasília]: 2023. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/consultoria-administrativa/pareceres-referenciais. Acesso em: 23 set. 2023.

A lei 9.784/1999 que regulamenta o processo administrativo no âmbito da administração pública federal (Brasil, 1999), a lei 13.303/2016 (Brasil, 2016), o Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh 2.0, em seu artigo 45 dispõe que o órgão de assessoramento jurídico da Ebserh poderá homologar minutas-padrão de editais, de termos de contrato e outros instrumentos obrigacionais, bem como aprovar pareceres referenciais sobre matérias recorrentes (Ebserh, 2023).

A consultoria jurídica da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares com respaldo na norma operacional n.º 01/2016 nos artigos 2º, inciso III, e 21 a 25. Expressamente no art. 21 § 1º. que orientam "Parecer Referencial é a manifestação jurídica padronizada para processos cuja matéria é repetitiva e possui solução idêntica" e para o nosso estudo, o § 2º. Na elaboração do Parecer Referencial é imprescindível a delimitação clara da situação fática e jurídica passível de ser enquadrada, sendo recomendável a elaboração de checklist, como anexo, elencando todos os pressupostos para o enquadramento, bem como todas as recomendações que devem ser cumpridas no processo (Ebserh, 2023).

Seguindo a orientação normativa n.º 55, de 23 de maio de 2014 da Advocacia Geral da União que resolveu expedir a seguinte recomendação a todos os órgãos jurídicos da união de que os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, ou seja, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam material idêntico e recorrente. Desde que observados os seguintes requisitos: o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo e a celeridade dos serviços administrativos e atividade jurídica se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos (Parecer Referencial n.º 4, 2021).

Nas licitações, são mais utilizados para processo de compras do tipo Sistemas de registro de preços. A consultoria da Ebserh adaptou editais e checklist para que as equipes administrativas dos hospitais realizem a análise dos documentos da fase interna antes e após a elaboração do edital e, quando existe alguma inadequação no encaminhamento do processo, é levada à equipe de planejamento da contratação para que sejam realizados os ajustes necessários. Dessa forma, o processo não precisa ser encaminhado ao jurídico por se tratar

de compra de materiais ou serviços recorrentes no âmbito hospitalar (Ebserh, 2016).

4 O HU-UFS E A ADESÃO À EBSERH

O HU-UFS firmou contrato de adesão com a Ebserh em outubro de 2013 e, desde então, a responsabilidade da oferta de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à população atendida pelo SUS (Sistema Único de Saúde) na Unidade, ficou sob a responsabilidade da empresa ficando ainda encarregada de apoiar o ensino, pesquisa, extensão de ensino-aprendizagem, abrangendo a formação de pessoas na área da saúde pública (Ebserh, 2023).

A adesão da Ebserh ao HU-UFS trouxe diversos benefícios como contratação de empregados através de concurso público. Isso ocasionou em aumentou da prestação do serviço, aumento de profissionais administrativos, médicos e assistenciais. Investimentos estruturais, tecnológicos e ampliação de serviços, avanços no ensino aprendizagem dos estudantes e melhorias dos atendimentos aos usuários do SUS também são consequências benéficas desde a referida adesão, para saber mais sobre o assunto, acesse o *link*[5]. (Ebserh, 2023).

5 METODOLOGIA

Considerando a importância das licitações no âmbito da administração pública em especial em um hospital para o andamento dos atendimentos, a hipótese proposta neste artigo é observar a existência da otimização do tempo, ou se houve sua redução na conclusão dos processos licitatórios da filial do Hospital Universitário da Universidade Federal de Sergipe após a implantação do SEI em 2018 e a inserção do Parecer Referencial jurídico em 2019. O artigo utiliza o método de pesquisa de procedimento comparativo e estatístico.

O método comparativo orienta a investigação observando dois ou mais fatos, fenômenos, indivíduos ou classes, procurando ressaltar

[5] EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES, HU-UFS - Hospital Universitário da UFS. Adesão à Ebserh traz melhorias ao HU-UFS. [Aracaju], 2015, 2023. Disponível em https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-nordeste/hu-ufs/comunicacao/noticias/adesao-a-ebserh-traz-melhorias-ao-hu-ufs. Acesso em: 05 out. 2023.

as diferenças e similaridades entre eles. O método estatístico fundamenta-se na utilização da estatística para investigação de um objeto de estudo. A utilização desse método contribui para a coleta, organização, descrição, análise e interpretação de dados. Registrando as variações e procurando determinar, no resultado, que influências cabem a cada uma delas (Rodrigues, 2011).

6 ANÁLISE DE DADOS

Para análise, torna-se adequado saber que os dados foram extraídos de 30 processos licitatórios de pregão SRP de aquisição que foram extraídos no período do ano de 2018 a 2022 do HU-UFS/Ebserh. Quanto ao processo de amostragem, foram utilizados 10 processos físicos tramitados através do SIG (Sistema de Informação Gerencial) de 2018 a 2019, 10 processos eletrônicos tramitados através do SEI entre 2019 e 2020 e 10 processos do mesmo tipo de licitação após a inserção do Parecer Referencial jurídico no período entre 2021 e 2022 do HU-UFS/Ebserh.

A amostra foi considerada não probabilística, pois os processos foram os últimos do período. Dessa forma, a amostra foi considerada "por conveniência". O instrumento utilizado foi planilha de excel e observado o intervalo de dias entre a entrada do processo no setor jurídico e saída para a sua continuidade. A base de dados foi extraída do sistema SIG no módulo protocolos e do SEI.

Gráfico I – Análise comparada dos processos licitatórios tramitados no SIG protocolo, intervalo em dias entre a data de entrada do processo no setor jurídico e saída com parecer no período de 2018 a 2019.



Figura 1 - Intervalo em dias antes do SEI
Fonte: Elaborada pela autora (2023)

O gráfico I mostra que o intervalo em dias, quando os processos licitatórios eram movimentados de forma física, da entrada no setor jurídico até a sua saída, eram acima de 30 dias na maioria das situações chegando a 102 dias como demonstrado no caso 3 do gráfico.

Gráfico II – Análise comparada dos processos licitatórios tramitados no SEI, intervalo em dias entre a data de entrada do processo no setor jurídico e saída com parecer no período de 2019 a 2020.

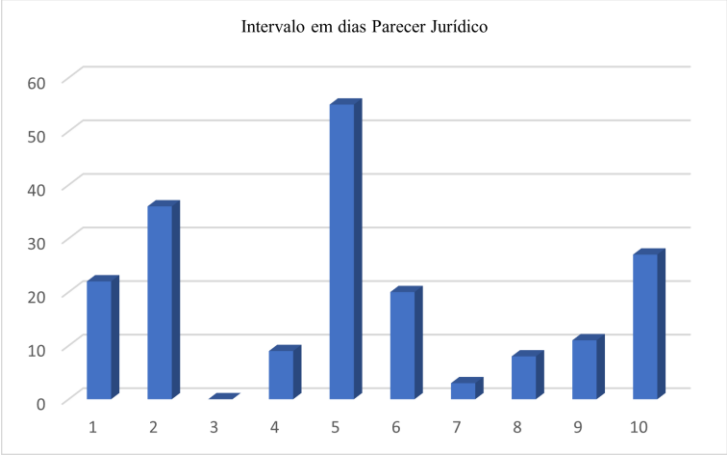


Figura 2 – Intervalo em dias Parecer Jurídico
Fonte: Elaborada pela autora (2023)

O gráfico II mostra que o intervalo em dias, quando os processos licitatórios passaram a ser movimentados de forma eletrônica após a implantação do SEI no HU-UFS/Ebserh, da entrada no setor jurídico até a sua saída, tiveram uma queda significativa dos dias que permaneciam no setor girando em torno de 0 dias como no caso 3 chegando ao máximo de 55, dias como demonstrado no caso 5 do gráfico.

Gráfico III – Análise comparada dos processos licitatórios tramitados no SEI, intervalo em dias entre a data de entrada do processo para elaboração do Parecer Referencial jurídico e saída com parecer no período de 2021 a 2022.

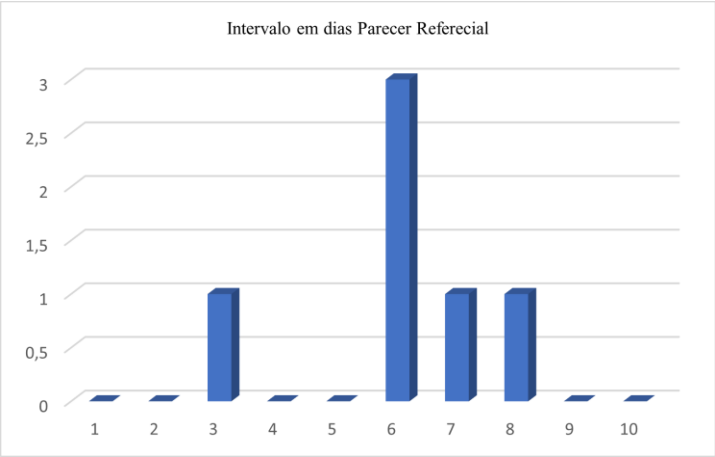


Figura 3 – Intervalo em dias Parecer Referencial jurídico
Fonte: Elaborada pela autora (2023)

O gráfico III mostra que o intervalo em dias, quando os processos licitatórios passaram a ser analisados através do Parecer Referencial jurídico, após a implantação em 2021 na rede Ebserh, da entrada na unidade responsável pela análise no HU-UFS/Ebserh até a sua saída, tiveram uma queda drástica em dias sendo que na maioria dos casos foram observados menos de 1 dia e o máximo chegou apenas a 3 dias como demonstra o caso do processo 6.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pela análise dos processos licitatórios de Sistema de Registro de Preços e de pregão tradicional de aquisição que foram extraídos no período do ano de 2018 a 2022 do HU-UFS/Ebserh, permitiu-se concluir com o presente artigo que houve significativa agilidade e rapidez com as mudanças realizadas a partir da adesão da Ebserh. O artigo teve como hipótese: observar a existência da otimização do tempo, ou se houve redução de tempo na conclusão do processo dos processos licitatórios da filial HU-UFS após a implantação do SEI em 2018 e a inserção do Parecer Referencial jurídico em 2019.

Os resultados obtidos por meio da aplicação das análises estatísticas dos dados e contabilização de prazo em dias através dos

gráficos apontam para a abonação da hipótese, pois houve diminuição significativa de dias nas tramitações dos processos. Foi constatado um percentual de 46% na diminuição do tempo entre a movimentação física e a chegada do SEI, comparando os dois maiores períodos em dias, conforme dados do gráfico I e II quando os processos licitatórios eram movimentados da entrada no setor jurídico até a sua saída. O que demonstra de forma clara que a inserção da forma eletrônica no manejo dos processos acarretou ganhos substanciais temporais na movimentação de processos e ganhos para administração.

Já no comparativo entre os gráficos II e III, na entrada para o parecer tradicional e após a introdução do Parecer Referencial jurídico para análise com fins de processo licitatórios SRP, os ganhos temporais foram ainda mais expressivos chegando a 95% de agilidade entre os dois maiores períodos. O gráfico III demonstra que o prazo máximo é de 3 dias e na maioria das situações o mesmo dia que o processo chegou já foi analisado e devolvido para a continuidade dos demais trâmites.

Portanto, são perceptíveis os ganhos temporais e a agilidade que os processos licitatórios ganharam ao longo dos anos no HU-UFS com as introduções do SEI e do Parecer Referencial jurídico. Desta forma, ficam evidenciados os ganhos e boas práticas na administração pública no HU-UFS por meio da implementação do SEI e Parecer Referencial jurídico nos processos licitatórios com a implementação dessas ferramentas pela Ebserh.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 1, 1º fev. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Pareceres referenciais. [Brasília]: 2023. Disponível em:

https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/consultoria-administrativa/pareceres-referenciais. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Apresentação - EBSERH. [Brasília]: 2018. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/ebserh--empresa-brasileira-de-servicos-hospitalares/apresentacao. Acesso em: 08 out. 2023.

CHIAVENATO, IDALBERTO. Introdução à teoria geral da administração. 9. ed. – Barueri, SP : Manole, 2014.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Consultoria Jurídica. Norma Operacional Conjur n.º 01, de 23 de dezembro de 2016. Boletim de Serviço Extraordinário, Brasília, n.º 234,p. 5-15, 23 dez. 2016. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/boletim-de-servico/sede/2016/boletim-de-servico-no-234-23-12-2016. Acesso em: 08 out. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Sistema Eletrônico de Informações - SEI!. [Brasília, 2021]. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/governanca/plataformas-e-tecnologias/sei. Acesso em: 08 out. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Sobre os Hospitais Universitários Federais. [Brasília, 2023?]. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/sobre-os-hospitais-universitarios-federais#:~:text=Os%20hospitais%20universit%C3%A1rios%20federais%20s%C3%A3o,superior%20%C3%A0s%20quais%20est%C3%A3o%20vinculados. Acesso em: 08 out. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES, HU-UFS - Hospital Universitário da UFS. Adesão à Ebserh traz melhorias ao HU-UFS. [Aracaju], 2015, 2023. Disponível em https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-nordeste/hu-ufs/comunicacao/noticias/adesao-a-ebserh-traz-melhorias-ao-hu-ufs. Acesso em: 05 out. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Intervalos em dias de pareceres licitatórios: 2018-2022. Planilha do Microsoft Excel 365. [Aracaju], 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Consultoria Jurídica. parecer referencial 4-2021. Apuração de responsabilidade e aplicação de penalidades a licitantes e fornecedores - RLCE. [Brasília, 2021]. Disponível em : gov.br/ebserh: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/acesso-a-informacao/boletim-de-servico/sede/2021/anexos/parecer-referencial-no-4-2021-gtpr-sjaa-scad-conjur-pres-ebserh-apuracao-de-responsabilidade-e-aplicacao-de-penalidades-a-licitantes-e-fornecedores-rlce.pdf. Acesso em: 27 set 2023.

MAZZA, ALEXANDRE. Manual de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, SECRETARIA GERAL. Decreto 8.539, de 8 de outubro de 2015. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 2, 9 out. 2015 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

RODRIGUES, AURO DE JESUS. Metodologia científica. 4. ed. rev. ampl. Aracaju: Unit, 2011.

DIREITO DE ESCOLHA OU DEVER DE CURAR? UMA ANÁLISE JURÍDICA DA RECUSA TERAPÊUTICA E DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA NO CONTEXTO BRASILEIRO

RIGHT TO CHOOSE OR DUTY TO CURE? A LEGAL ANALYSIS OF THERAPEUTIC REFUSAL AND CONSCIENTIAL MEDICAL OBJECTION IN THE BRAZILIAN CONTEXT

Lígia Queiroz Freitas Franzão[1]

Resumo
Este artigo investiga o direito ao livre arbítrio do paciente no contexto médico, um pilar constitucional intimamente ligado à dignidade humana. Analisa-se a recusa terapêutica, que é a prerrogativa legal de um indivíduo lúcido e plenamente capaz de recusar tratamentos médicos sugeridos. Abordam-se as limitações desse direito em situações de urgência ou emergência e em relação a menores de idade. Discute-se também a autonomia do médico diante da objeção de consciência. A pesquisa examina a interação entre a autonomia do paciente e os princípios éticos da medicina, por meio de um estudo das leis e diretrizes éticas que regulamentam as decisões clínicas e as responsabilidades dos médicos, assim como a análise de casos práticos e jurisprudenciais.
Palavras-chave: Autonomia do paciente. Recusa terapêutica. Objecção de consciência. Ética médica. Legislação brasileira.

Abstract
This article explores the right to free will in the medical context, a constitutional pillar closely linked to human dignity. Therapeutic refusal, which is the legal prerogative of a lucid and fully capable individual to refuse suggested medical treatments, is analyzed. The limitations of this right in emergency situations and concerning minors are addressed. The physician's autonomy in the face of

[1] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. MBA em Administração Hospitalar pela Faculdade UNIMED. Advogada da Ebserh.

conscientious objection is also discussed. The research examines the interaction between patient autonomy and the ethical principles of medicine, through a study of the laws and ethical guidelines that regulate clinical decision-making and the responsibilities of physicians, as well as the analysis of practical and jurisprudential cases.
Keywords: Patient autonomy. Therapeutic refusal. Conscientious objection. Medical ethics. Brazilian legislation.

1 INTRODUÇÃO

A construção contemporânea das relações médico-paciente no Brasil é marcada por uma transformação paradigmática que substituiu o antigo modelo paternalista por uma abordagem que prioriza a autonomia do paciente. Conforme definido pelo Dicionário Online de Português, autonomia é o "Direito ao livre-arbítrio, à tomada de decisões por vontade própria, que faz com que alguém esteja apto para tomar suas próprias decisões de maneira consciente; independência, liberdade" (DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS, 2023).

Este princípio sofreu uma evolução significativa, sobretudo após os horrores da Segunda Guerra Mundial, que impulsionaram a reconstrução dos direitos humanos e a reavaliação da ética nas relações interpessoais, incluindo as práticas médicas. A Recomendação do Conselho Federal de Medicina n.º 1/2016 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016), que dispôs sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica, contextualiza essa mudança:

> Durante muito tempo, a relação médico-paciente foi assimétrica. Em nome do princípio da beneficência, o paciente era levado a tratamentos, cirurgias e procedimentos médicos sem que lhe fosse oferecido qualquer esclarecimento ou oportunidade e opção a respeito dos mesmos. A decisão era exclusivamente médica.
> [...]
> Após a Segunda Guerra Mundial, a exigência da reconstrução dos direitos humanos, aliada à evolução da ética e das ciências nas mais

> diversas áreas do conhecimento, teve como consequência a compreensão do ser humano, não mais como mero titular de direitos simplesmente formais, mas como ente dotado de autonomia e livre arbítrio, detentor de poderes efetivamente exigíveis. É a era da dignidade humana.
> [...]
> Na área da saúde, a dignidade do ser humano, entre outros princípios, encontra efetividade no esclarecimento, por parte do médico, dos procedimentos a que a pessoa se sujeitará, aos quais a pessoa deve dar seu consentimento, livre de qualquer influência ou vício. É o que se convencionou denominar consentimento livre e esclarecido.
> [...]
> O princípio de respeito à autonomia tornou-se, nas últimas décadas, uma das principais ferramentas conceituais da ética aplicada, sendo utilizado em contraposição ao assim chamado paternalismo médico.

No contexto da saúde, a Recomendação n.º 1/2016 do Conselho Federal de Medicina representa um marco na consolidação da prática do consentimento livre e esclarecido, contrapondo-se à era do paternalismo médico, onde o médico detinha o controle quase absoluto sobre as decisões relativas aos cuidados de saúde do paciente. A nova era, que se destaca pela valorização da dignidade humana, exige que o paciente seja devidamente informado sobre os procedimentos médicos aos quais será submetido, cabendo-lhe a prerrogativa de consentir ou recusar tais procedimentos com base em informações claras e objetivas.

A autonomia do paciente, entretanto, embora tenha recebido destaque e reconhecimento jurídico, enfrenta limitações na prática, especialmente em cenários de urgência e emergência, nos quais o risco iminente à vida pode sobrepor-se à liberdade de escolha do paciente. Este artigo discutirá a extensão e os limites da autonomia do paciente no âmbito jurídico brasileiro, abarcando o exercício da recusa terapêutica pelo paciente e da objeção de consciência pelo médico diante de tal recusa.

O objetivo é explorar o delicado equilíbrio entre a autonomia

do paciente e a responsabilidade médica, considerando a evolução histórica e ética que culminou na atual compreensão dos direitos à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, e como esses direitos são aplicados e interpretados no ordenamento jurídico brasileiro. Em última análise, pretende-se fornecer uma análise crítica que contemple a complexidade dessas questões e como elas se refletem nas decisões judiciais e nas práticas médicas contemporâneas.

2 METODOLOGIA

A metodologia adotada neste estudo envolveu uma revisão de literatura e uma análise conceitual e crítica das normativas legais e éticas que influenciam a prática médica no contexto brasileiro, focando na autonomia do paciente e na objeção de consciência médica. A pesquisa foi embasada na sistematização de informações coletadas de documentos jurídicos, resoluções do Conselho Federal de Medicina e artigos acadêmicos selecionados. Em seguida, foi realizada uma síntese teórica que procurou elucidar as intersecções entre os princípios éticos da medicina e as disposições legais, buscando entender como tais interações afetam as decisões clínicas. Utilizou-se a análise crítica para examinar as consequências práticas desses princípios e normativas, avaliando casos práticos e jurisprudências pertinentes para exemplificar o equilíbrio necessário entre os direitos dos pacientes e as obrigações dos médicos. Por fim, a abordagem hermenêutica adotada possibilitou uma interpretação detalhada das diretrizes e legislações, com o objetivo de desvendar os desafios éticos e legais que emergem na interação entre médicos e pacientes dentro do sistema de saúde do Brasil.

3 AUTONOMIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A autonomia do paciente, consagrada no cenário jurídico brasileiro, é um reflexo direto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal, em seus artigos 1º, inciso III, e 5º, caput e inciso III, garantem, respectivamente, a dignidade e a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, proibindo a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988). Essas disposições constitucionais são fundamentais para a compreensão da autonomia como elemento ético essencial da dignidade humana,

segundo Maria Gabriela de Assis Souza e José Edilson da Silva (SOUZA; SILVA, 2020):

> [...] a dignidade humana está no núcleo dos direitos insculpidos no artigo 5º da Constituição, que assegura a inviolabilidade dos direitos fundamentais, arraigados no direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, enquanto liberdades essenciais da vida humana. É com base nessa disposição constitucional que vislumbramos a autonomia e a liberdade de forma ampla, encontrando-se nessa garantia a autodeterminação quanto à saúde e à vida. Assim, é certo que, no direito brasileiro, a autonomia do paciente em decidir sobre sua saúde encontra respaldo na própria Constituição, que tem como essência assegurar a liberdade e a dignidade da pessoa humana.
> Além de o caput do artigo 5º da Constituição Federal assegurar de forma ampla a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, o inciso III proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante. Dadalto explica que existe entendimento no sentido de que não respeitar a vontade do paciente em casos de recusa de tratamento, além de ferir sua autonomia, é submetê-lo a tortura ou tratamento desumano e degradante, visto que, na concepção do paciente, o procedimento indesejado equivale a tal tratamento, trazendo-lhe mais sofrimento do que benefícios e, assim, prejudicando o seu bem-estar.

A pandemia de COVID-19, declarada pela Organização Mundial de Saúde em 2020, e a subsequente emergência em saúde pública, reconhecida pelo Ministério da Saúde, exacerbaram o debate sobre a autonomia do paciente no contexto das políticas de saúde pública. A vacinação contra a COVID-19 encontrou obstáculos na forma de hesitação e recusa vacinal. Essa resistência é uma manifestação do direito à autonomia do paciente.

O direito à autonomia do paciente é respaldado não apenas pela Constituição Federal, mas também pelo Código Civil, art. 15, e pela Lei

n.º 8.080/1990, art. 7º, inciso III, que reforçam essa autonomia ao estipularem que nenhum procedimento terapêutico com risco de vida pode ser realizado sem a autorização do paciente (BRASIL, 2002; BRASIL, 1990).

Outras normativas também abordam o direito à autonomia do paciente.

A Portaria de Consolidação do Ministério da Saúde n.º 1, de 28 de setembro de 2017 trata das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde. O Título I é conhecido como Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (art. 10), e prevê o direito à autonomia em consentir ou recusar de forma livre, voluntária e esclarecida quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, a menos que essa decisão resulte em risco à saúde pública:

> Art. 6º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:
> [...].
> V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;

O Código de Ética Médica também reforça essa defesa da maior autonomia à vontade do paciente, ao garantir o direito de escolha:

> É vedado ao médico:
> [...].
> Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Genival França, ao comentar o art. 24 do Código de Ética Médica, destaca que ignorar a decisão do paciente constitui um

constrangimento ilegal e uma violação da liberdade individual (FRANÇA, 2019). A relação entre saúde e liberdade é tão intrínseca que a melhoria das condições de vida e saúde não pode ser concebida sem o respeito à autonomia do paciente:

> Sendo assim, excluindo-se os casos declarados de perigo de vida (princípio da beneficência), não se justifica a intervenção médica limitando o direito do paciente de decidir com liberdade, naquilo que diz respeito à sua saúde e ao seu bem-estar, porque isso resultaria em uma forma de constrangimento ilegal, subvertendo a noção de autodeterminação e de defesa de sua integridade.
> Tão íntima é a relação entre a saúde e a liberdade que não se pode admitir qualquer proposta em favor da melhoria das condições de vida e de saúde das pessoas sem se respeitar a autonomia delas, mesmo quando elas não estão dispostas a se submeterem a certas condutas que venham considerar como de riscos, a exemplos das práticas invasivas da nova tecnologia médica. Assim, também não é exagero admitir-se que elas não possam ter o direito, quando possível, de optar por determinadas práticas ou condutas técnicas que lhes pareçam mais confortáveis ou mais seguras segundo sua compreensão, pois em alguns casos, em não se atendendo, pode-se configurar uma ameaça a sua liberdade individual.

Diante dessas considerações, percebe-se que o direito à autonomia do paciente, embora não explicitamente mencionado na Constituição Federal, é intrínseco aos princípios da liberdade e da dignidade humana e é balizado por normativas que asseguram a autodeterminação em questões de saúde, respeitando-se sempre o bem comum e a saúde pública (BRASIL, 1988).

4 A RECUSA TERAPÊUTICA E SEUS DESAFIOS

A interação entre os direitos do paciente e as responsabilidades

do médico, delineada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.232/2019, cria um cenário complexo de desafios para o sistema de saúde. O direito à recusa terapêutica, ancorado na autonomia do paciente, deve ser respeitado, conforme estabelecido no artigo 1º desta resolução, que enfatiza a necessidade de o médico informar o paciente sobre as consequências de sua escolha (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019). Esta disposição promove um diálogo transparente e construtivo entre médico e paciente, assegurando que a decisão desse seja baseada em informações completas e exatas.

A objeção de consciência médica, reconhecida no artigo 7º da mesma resolução, apresenta outro aspecto deste desafio. Este direito do médico de se abster de procedimentos contrários às suas convicções pessoais deve ser equilibrado com o compromisso de não abandonar o paciente, especialmente em situações delicadas onde a recusa do tratamento pode acarretar danos significativos à saúde do paciente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

A Ação Civil Pública n.º 5021263-50.2019.4.03.6100 ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor do Conselho Federal de Medicina visando a suspensão dos efeitos do § 2º do artigo 5º da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.232/2019, bem como dos artigos 6º e 10º da mesma resolução, em relação a assistência e atendimento ao parto, ilustra as controvérsias jurídicas envolvendo a aplicação dessa resolução, ressaltando a complexidade da navegação entre princípios éticos e exigências legais.

O art. 5º, § 2º da resolução aborda situações delicadas envolvendo gestantes, quando a recusa terapêutica é analisada sob a perspectiva do binômio mãe/feto. O princípio do melhor interesse é aplicado para evitar o que pode ser considerado abuso de direito por parte da mãe em prejuízo do feto. Esse contexto evidencia a dificuldade de conciliar os direitos da gestante com as preocupações éticas relacionadas à vida e à saúde do feto.

O art. 6º da resolução determina que o médico, ao rejeitar a recusa terapêutica, registre o acontecimento no prontuário e comunique ao diretor técnico do estabelecimento. Essas diretrizes visam garantir a continuidade do tratamento proposto, respeitando o direito de recusa do paciente, mas também protegendo a sua saúde e vida.

O artigo 10º enfatiza a obrigação do médico em situações de urgência e emergência, quando a recusa do paciente não pode impedir a prestação do atendimento necessário. Tal entendimento ético sugere

que, em circunstâncias críticas, o dever de salvar vidas prevalece sobre a autonomia do paciente. A resolução, portanto, não propõe um retorno ao paternalismo médico, mas reafirma a dignidade do paciente e a preservação da vida como valores fundamentais da prática médica.

O pedido, apesar de julgado improcedente, ainda aguarda decisão pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região quanto ao recurso de Apelação interposto.

A Exposição de Motivos da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.232/2019 e o Enunciado n.º 403 do Conselho da Justiça Federal reforçam a importância da capacidade civil plena, da manifestação de vontade livre, consciente e informada e da centralidade da oposição que diz respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019; CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2006). Isso alinha o direito à recusa terapêutica com os princípios de respeito à dignidade humana e liberdade individual.

Em relação ao denominado "consentimento genuíno", cita-se o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2017), manifestado enquanto Procurador do Estado do Rio de Janeiro:

> a) ao sujeito do consentimento:
> 44. O sujeito do consentimento é o titular do direito fundamental em questão, que deverá manifestar de maneira válida e inequívoca a sua vontade. Para que ela seja válida, deverá ele ser civilmente capaz e estar em condições adequadas de discernimento para expressá-la. Portanto, além da capacidade, o titular do direito deverá estar apto para manifestar sua vontade, o que exclui as pessoas em estados psíquicos alterados, seja por uma situação traumática, por adição a substâncias entorpecentes ou por estarem sob efeito de medicamentos que impeçam ou dificultem de forma significativa a cognição. Para que se repute o consentimento como inequívoco, ele deverá ser, ainda, personalíssimo, expresso e atual. Personalíssimo exclui a recusa feita mediante representação, somente se admitindo que o próprio interessado rejeite a adoção do procedimento. A decisão, ademais, haverá de

> ser expressa, não se devendo presumir a recusa de tratamento médico. É assim na Itália e na Espanha, onde tem de ser escrita. Ainda que essa exigência possa não ser absoluta, ela certamente é recomendável, inclusive para resguardo do médico e do Estado. Por fim, a vontade deve ser atual, manifestada imediatamente antes do procedimento, e revogável.

Em conformidade com esta perspectiva, a resolução estabelece um procedimento para a recusa terapêutica que protege tanto o paciente quanto o médico (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019):

> Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.
> Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.
> Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.
> [...].
> Art. 12. A recusa terapêutica regulamentada nesta Resolução deve ser prestada, preferencialmente, por escrito e perante duas testemunhas quando a falta do tratamento recusado expuser o paciente a perigo de morte.
> Parágrafo único. São admitidos outros meios de registro da recusa terapêutica quando o paciente não puder prestá-la por escrito, desde que o meio empregado, incluindo tecnologia com áudio e vídeo, permita sua preservação e inserção no respectivo prontuário.
> Art. 13. Não tipifica infração ética de qualquer natureza, inclusive omissiva, o acolhimento, pelo médico, da recusa terapêutica prestada na forma prevista nesta Resolução.

Em resumo, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.232/2019 sublinha a necessidade de uma prática médica que respeite tanto a autonomia do paciente quanto a integridade ética do médico, mesmo diante dos desafios impostos por situações clínicas e éticas complexas. A resolução busca equilibrar esses interesses, assegurando que a assistência à saúde seja oferecida de modo a honrar os direitos do paciente, ao mesmo tempo em que protege a saúde e a vida.

5 URGÊNCIA, EMERGÊNCIA E A PROTEÇÃO DA VIDA

No âmbito das urgências e emergências, a legislação brasileira, a ética médica e a jurisprudência se entrelaçam para formar um tecido complexo de diretrizes que buscam equilibrar o direito à autonomia do paciente com a imperativa preservação da vida. De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.232/2019, a autonomia do paciente encontra limites claros quando se trata de incapazes ou menores de idade, reforçando o papel do médico como guardião da vida, mesmo contra a vontade expressa do paciente ou de seus representantes legais (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

As disposições dos artigos 3º e 4º da resolução delineiam uma conduta obrigatória para os médicos diante de situações de risco relevante à saúde. É imperativo que, mesmo diante de uma recusa terapêutica, sejam adotadas todas as medidas necessárias para a preservação da vida. Em caso de discordância insuperável, o médico deve recorrer às autoridades competentes, buscando uma resolução que priorize o melhor interesse do paciente, especialmente quando este é incapaz de consentir (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019):

> Art. 3º Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.
> Art. 4º Em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o

> médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.

A questão da recusa terapêutica motivada por convicções religiosas, exemplificada pelo caso das Testemunhas de Jeová, ilustra a tensão entre o direito constitucional à vida e o direito à liberdade de consciência e crença. Tais casos requerem uma análise sensível e individualizada, onde a autonomia do paciente lúcido e capaz é ressaltada. Decisões judiciais ilustram como o judiciário tem abordado essas questões, muitas vezes reforçando a primazia da autonomia do paciente sobre intervenções médicas não consentidas.

Conforme decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos n.º 70071994727, o direito à vida é pressuposto ao exercício dos outros direitos. Porém:

> [..] o aspecto individual da liberdade religiosa assegura àquele que professa a sua fé escolhas e medidas que guardem e respeitem sua crença, inclusive com relação a atos ligados ao seu bem-estar e até mesmo à sua condição de saúde, circunstâncias estas que agasalham a decisão de recusa no tratamento por hemotransfusão.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, autos 1.0000.23.180081-4/001, a sentença que determinava a transfusão de sangue de paciente testemunha de Jeová foi suspensa. Segundo entendimento do Desembargador, a paciente, de 42 anos, estava lúcida e possuía o direito de decidir sobre o tratamento que receberia, reforçando a ideia de que o respeito à vontade do paciente, quando este é capaz e lúcido, deve ser mantido, mesmo em situações extremas de risco de vida. Veja-se:

> O renomado constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, no ano de 2001, foi contratado pela Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová para emitir parecer sobre algumas questões jurídicas. Após discorrer sobre o tema, respondeu a alguns quesitos, sendo imprescindível destacar os quatro primeiros,

merecendo destaque, evidentemente, o terceiro, pois é nele que resta clara a sua posição sobre a transfusão de sangue em caso de risco de morte do paciente:

"1. À luz dos preceitos constitucionais, tem o paciente o direito de recusar um determinado tratamento médico, inclusive transfusão de sangue?

O tema foi enfrentado em tópico próprio no qual restou claro que o paciente tem o direito de recusar determinado tratamento médico, no que se inclui a transfusão de sangue, com fundamento no art. 5.º, II, da CF. Por este dispositivo, fica certo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (princípio da legalidade). Como não há lei obrigando o médico a fazer a transfusão de sangue no paciente, todos aqueles que sejam adeptos da religião "Testemunhas de Jeová", e que se encontrarem nesta situação, certamente poderão recusar-se a receber o referido tratamento, não podendo, por vontade médica, ser constrangidos a sofrerem determinada intervenção. O seu consentimento, nesta hipótese, é fundamental. Seria mesmo desarrazoado ter um mandamento legal obrigando a certo tratamento, até porque podem existir ou surgir meios alternativos para se chegar a resultados idênticos.

2. Há pacientes que recusam transfusões sangüíneas por motivos estritamente médicos; outros o fazem também por motivos religiosos. No caso desses últimos, a motivação religiosa afeta o seu direito de recusa?

Esta pergunta já se encontra, parcialmente, respondida no quesito anterior. Cumpre, aqui, apenas reforçar que o motivo pelo qual o paciente pode recusar-se a receber transfusões sangüíneas é de fundo estritamente religioso, plenamente albergado pela Constituição Federal, no art. 5.º, VI e VIII, que cuidam, respectivamente da liberdade de crença e da escusa de consciência.

3. Diante da alegação médica de que o paciente está em iminente risco de vida, fica afetado seu direito constitucional de recusar um determinado tratamento médico? A conduta do paciente nestas circunstâncias poderia ser entendida como uma tentativa de suicídio? Ou, ainda, haveria algum conflito entre o direito constitucional à vida e os direitos à liberdade e à privacidade, e havendo, como deve ser resolvido?

Mesmo sob iminente perigo de vida, não se pode alterar o quadro jurídico acerca dos direitos da pessoa. Até porque o ordenamento jurídico pátrio não pune aquele que tenta suicídio. O direito de recusa, fundado em convicções religiosas ou filosóficas, bem como na ampla liberdade (e integridade) da pessoa humana, há de prevalecer inclusive em situações extremas como esta que é levantada. Não há, portanto, conflito entre o direito à vida e a privacidade e liberdade (em sentido amplo), já que todos estes direitos devem ser compreendidos em conjunto. O direito à vida é, essencialmente, dirigido contra a sociedade e contra o Estado, vale dizer, invocável contra terceiros. Este é o seu correto alcance. No mais, vige, no Direito pátrio, a ampla liberdade e o direito à integridade da pessoa humana.

4. É constitucional a interpretação dada aos arts. 135 e 146, § 3.º, I, do CP, e aos arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica, bem como à Resolução CFM 1.021/1980, na qual se entende que as obrigações impostas aos médicos devem superar os direitos do paciente?

A interpretação conferida comumente aos casos de risco de vida está equivocada e fere, como já se referiu no parecer, os princípios constitucionais básicos. Não há amparo legal ou constitucional para impor a alguém (capaz e consciente) determinado tratamento médico" (Direito de recusa de pacientes submetidos a

tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. Revista dos Tribunais, vol. 787. São Paulo: RT, maio/2001, item 2.7 - grifei).

Os eminentes civilistas Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves também são defensores dessa corrente doutrinária:

"É com fulcro no Código de Ética Médica e no Juramento de Hipócrates que o profissional justifica sua decisão de não respeitar a vontade do paciente, aqui, em caso de recusa do mesmo ao procedimento de transfusão de sangue. Mas não estaríamos na contramão da história? Acaso não seria o doente o ator principal da administração da saúde? Claro que o médico também é sujeito dessa relação jurídica, mas seu papel é o de colaborar com o sujeito principal, e não o tratar como um objeto de direitos. Não podemos nos esquecer que vivemos em uma sociedade pluralista, com correntes culturais diversas, e o juízo crítico aos valores humanos merece ser observado.

[...].

Não há desrespeito à busca pela excelência médica quando o médico respeita a vontade do paciente maior e capaz, nos limites do que expusemos no item anterior, razão pela qual entendemos não haver justificativa para a responsabilização do profissional. Ressaltamos, todavia, que há várias decisões judiciais que hierarquizam princípios constitucionais, dando prevalência à inviolabilidade do direito à vida, com interpretação estreita, apenas sob o aspecto biológico, com total esquecimento da dimensão biográfica da vida de cada ser humano" (Bioética e biodireito. 6ª ed. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 95 - grifei).

Outro expoente do Direito Civil que emitiu parecer sobre a questão posta foi Álvaro Villaça de Azevedo. Em parecer publicado, s.m.j., no ano de 2010, ao responder quesitos específicos

sobre a recusa de transfusão de sangue, feita pelo paciente, em caso de iminente risco de morte, assim se posicionou:

"7. Diante da alegação médica de que o paciente está em "iminente risco de vida", fica afetado seu direito constitucional de escolha de tratamento médico? A conduta do paciente nessas circunstâncias poderia ser entendida como uma tentativa de suicídio?

Resposta: A alegação médica de que o paciente está em "iminente risco de vida" não retira deste seu direito constitucional de preservar sua dignidade e sua liberdade, escolhendo o tratamento médico.

Não se cuida, nessas circunstâncias, de tentativa de suicídio do paciente, mas do exercício do seu direito de escolha do tratamento, sendo certo ainda que o conceito de "iminente perigo de vida" é extremamente volátil variando de profissional para profissional.

A transfusão de sangue, portanto, não é o único meio de preservar a vida do paciente, que não pode ser a ela constrangido por direito moral, reconhecido pela legislação ordinária (artigo 15 do Código Civil). Além disso, não há qualquer disposição¸ em nosso ordenamento jurídico que permita a desconsideração ao da personalidade e/ou autonomia da pessoa caso esteja em uma situação de risco ou emergencial.

8. Na hipótese de "iminente risco de vida", o paciente perde o seu direito à autodeterminação quando de forma antecipada manifestou sua vontade quanto a receber tratamentos e procedimentos médicos isentos de sangue?

Resposta: Por isso que, nessa hipótese de "iminente risco de vida", o paciente não perde seu direito à autodeterminação, mesmo que antecipadamente tenha manifestado sua vontade de não receber tratamento ou procedimentos médicos isentos de sangue. Pela lei civil, a manifestação de vontade continua

> válida independente do estado clínico do paciente, salvo por declaração do próprio em contrário" (Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. Disponível no site: https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Pe%C3%A7as%20Jur%C3%ADdicas/52859/autonomia-do-paciente-e-direito-de-escolha-de-tratamento-medico-sem-transfusao-de-sangue-mediante-os-atuais-preceitos-civis-e-constitucionais-brasileiros, p. 50 - grifei).

É importante notar que, enquanto a resolução do Conselho Federal de Medicina fornece diretrizes claras para a prática médica, a jurisprudência e a doutrina jurídica frequentemente oferecem interpretações adicionais que podem influenciar a tomada de decisão em casos concretos. A convergência entre a ética médica e a jurisprudência é necessária para garantir que o exercício da medicina esteja em harmonia com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Face a essas considerações, a prática médica brasileira é confrontada com o desafio de respeitar a autonomia do paciente, ao mesmo tempo em que protege sua vida e saúde, especialmente em circunstâncias de urgência e emergência. A resolução do Conselho Federal de Medicina e as decisões judiciais sinalizam para uma ponderação necessária de valores, onde a preservação da vida, a autonomia do paciente e a dignidade humana são cuidadosamente balanceadas.

Portanto, é essencial que os profissionais de saúde e o sistema jurídico continuem a dialogar e a desenvolver práticas que respeitem os princípios éticos da medicina e os direitos fundamentais dos indivíduos, garantindo uma assistência à saúde que seja ao mesmo tempo ética, legal e humanizada.

6 A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA

A objeção de consciência médica, enquanto expressão da liberdade de crença e exercício profissional, realça o direito do médico de não realizar procedimentos que contrariem seus valores éticos,

morais ou religiosos. Este direito, respaldado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.232/2019, demanda uma reflexão cuidadosa sobre a responsabilidade do médico perante a saúde do paciente e a coletividade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

A decisão do médico relativa à objeção deve ser baseada em uma avaliação criteriosa da situação clínica, respeitando a autonomia do paciente, que, por sua vez, deve ser alicerçada em um consentimento válido e esclarecido. É crucial registrar esse consentimento após confirmar que o paciente é capaz e está lúcido, tendo sido adequadamente informado sobre todos os riscos, benefícios e alternativas terapêuticas viáveis.

As Diretivas Antecipadas de Vontade, definidas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.995/2012, são instrumentos valiosos para assegurar que a autonomia do paciente seja respeitada, mesmo quando este está incapaz de expressar sua vontade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). A presença dessas diretivas significa que a objeção de consciência do médico deve ser ponderada à luz dos desejos anteriormente manifestados pelo paciente.

Contudo, a recusa terapêutica baseada em Diretivas Antecipadas ou em decisões lúcidas do paciente pode criar dilemas éticos significativos, especialmente quando confrontada com a necessidade de realizar tratamentos essenciais à vida. Nessas circunstâncias, é imperativo que os profissionais de saúde busquem estratégias que conciliem o respeito à vontade do paciente com o compromisso de beneficência.

Em situações de ausência de consenso, onde a continuidade do tratamento recomendado é rejeitada, os médicos podem exercer a objeção de consciência, abstendo-se de realizar procedimentos contrários às suas convicções. No entanto, a resolução estipula que o médico deve comunicar sua decisão ao diretor técnico do estabelecimento e garantir que a assistência ao paciente seja transferida para outro profissional, assegurando que não haja descontinuidade do atendimento (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

Esta resolução estabelece um quadro de atuação que permite ao médico seguir sua consciência, sem negligenciar a obrigação ética e legal de assegurar o atendimento necessário ao paciente. O exercício da objeção de consciência é, portanto, parte de um processo mais amplo de comunicação e tomada de decisão na equipe de saúde, que deve

priorizar o bem-estar e os direitos do paciente.

Dessa forma, a objeção de consciência no contexto médico requer uma abordagem equilibrada e contextualizada que considere as complexidades das interações entre médicos e pacientes. A ética médica, as normativas legais e os direitos dos pacientes devem ser ponderados para alcançar uma prática clínica que seja moralmente correta, legalmente sustentável e respeitosa das escolhas dos indivíduos em busca de cuidados de saúde.

7 CONCLUSÃO

A análise crítica da recusa terapêutica e da objeção de consciência no contexto médico revela a complexidade e a delicadeza das decisões na intersecção entre ética, direito e medicina. O direito à autonomia do paciente é um pilar fundamental da prática médica contemporânea, refletindo o princípio da dignidade humana que permeia a Constituição Federal. Esse direito, contudo, é matizado por salvaguardas éticas e leis que priorizam a proteção da vida humana, especialmente em momentos de vulnerabilidade.

A recusa terapêutica, embora válida e respeitável, encontra limites claros em situações nas quais estejam presentes o risco relevante à saúde aliada à incapacidade de consentir. Nestes casos, a autonomia do paciente é restringida em favor de um bem maior: a preservação da vida. Este é um princípio que se alinha com a tradição ética da medicina e com o papel do Estado na salvaguarda dos direitos fundamentais.

Nos demais casos, ainda não há consenso sobre possibilidade de se exigir, ou não, a intervenção médica para prevenir riscos iminentes à vida.

Por outro lado, respeita-se o direito do médico à objeção de consciência, permitindo que mantenha sua integridade ética e moral. Este direito, entretanto, não se traduz em um veto incondicional às necessidades do paciente. A Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.232/19 estabelece que, mesmo diante da objeção de consciência, o médico tem o dever de assegurar a continuidade da assistência até que outro profissional, sem tais objeções, assuma o tratamento (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

É imperativo que o médico, ao exercer seu direito de objeção de consciência, faça-o de maneira responsável, fornecendo todas as informações necessárias ao paciente e respeitando seu direito de tomar

decisões informadas. Isto inclui a exploração de alternativas terapêuticas ao procedimento recusado, garantindo que o paciente possa exercer sua autonomia com base em uma compreensão abrangente das opções disponíveis.

Este equilíbrio delicado entre a autonomia do paciente, a preservação da vida e a consciência profissional do médico exige uma constante reavaliação das práticas médicas e jurídicas. A busca por esse equilíbrio deve ser norteada por um diálogo contínuo entre profissionais de saúde, juristas, pacientes e sociedade, com o objetivo de harmonizar os princípios éticos e legais que regem a profissão médica.

Assim, conclui-se que enquanto a medicina e o direito evoluem, é essencial que ambos continuem a dialogar e a se adaptar para enfrentar os desafios impostos por uma sociedade em constante transformação. A preservação da dignidade humana, a proteção da vida e a manutenção da integridade ética dos profissionais de saúde permanecem como as pedras angulares desse processo dinâmico. Nesse contexto, busca-se o equilíbrio entre a tomada de decisões baseadas no melhor interesse do paciente e a necessidade de preservar a vida e a saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/1853. Acesso em: 09 set. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 09 set. 2023.

BRASIL. Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 09 set. 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 da União: seção 1, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 09 set. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação n.º 1, de 28 de setembro de 2017. Consolidação das normas sobre as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 set. 2017. Seção 1, p. 87. Disponível em: http://www.portalsinan.saude.gov.br/images/documentos/Legislacoes/Portaria_Consolidacao_1_28_SETEMBRO_2017.pdf. Acesso em: 09 set. 2023..

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução CFM n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 403, de 2021. Disponível em https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/1853. Acesso em: 09 set. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça restabelece norma CFM que respeita decisão do médico em partos de urgência. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/noticias/justica-restabelece-norma-cfm-que-respeita-decisao-do-medico-em-partos-de-urgencia/. Acesso em: 09 set. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação n.º 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 09 set. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos paciente.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de agosto de 2012. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995. Acesso em: 09 set. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 2.232, de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 set. 2019. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232. Acesso em: 09 set. 2023.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Definição de autonomia. Disponível em: https://www.dicio.com.br/autonomia. Acesso em: 09 set. 2023.

FRANÇA, Genival V. Comentários ao Código de Ética Médica, 7ª edição. Rio de Janeiro – RJ: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788527735247. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/. Acesso em: 09 set. 2023.

INGIZZA, Carolina. Desembargador suspende decisão que previa transfusão de sangue para testemunha de Jeová. Disponível em: https://www.jota.info/justica/desembargador-suspende-decisao-que-previa-transfusao-de-sangue-para-testemunha-de-jeova-31072023?utm_campaign=jota_info__mais_lidas_da_semana_-_05082023&utm_medium=email&utm_source=RD+Station. Acesso em: 09 set. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 70071994727 AC: 70071994727 RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 27/04/2017, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 09/05/2017. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/909094136/inteiro-teor-909094151. Acesso em: 09 set. 2023.

SOUZA; Maria Gabriela de Assis; SILVA, José Edilson da. Reflexões sobre bioética, ética médica e autonomia do paciente. In: Medicina e

direito: artigos e banners premiados no IX Congresso Brasileiro de Direito Médico/Conselho Federal de Medicina. Brasília: CFM, 2020, p.167-185.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: OS IMPACTOS PARA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL: THE IMPACTS ON THE UNIFIED HEALTH SYSTEM (SUS)

Débora Napoleão de Sena[1]

Resumo
O presente artigo tem por objetivo analisar os impactos da judicialização da saúde no Brasil para o Sistema Único de Saúde (SUS). Para tanto, optou-se pela abordagem qualitativa, com procedimento de coleta de dados do tipo bibliográfico e documental. Os resultados apontam que: a) o SUS deve oferecer cobertura assistencial ampla, que englobe medidas preventivas e assistenciais, em consonância com o conceito de saúde adotado pela CF/1988; b) a judicialização vem sendo adotado como estratégia de indivíduos para garantir seus direitos junto ao Poder Judiciário; c) a judicialização pode ser caracterizada também como uma interferência indevida do Poder Judiciário no funcionamento da política de saúde. Assim, conclui-se que, o processo de judicialização da saúde desestabiliza a destinação dos recursos públicos para a execução das políticas públicas de saúde.
Palavras-chave: Judicialização. Saúde pública. Direito à saúde.

Abstract
This article aims to analyze the impacts of the judicialization of health in Brazil on the Unified Health System (SUS). To this end, we opted for a qualitative approach, with a bibliographic and documentary data collection procedure. The results indicate that: a) the SUS should offer broad care coverage, which encompasses preventive and care measures, in line with the concept of health adopted by the FC/1988; b) judicialization has been adopted as a strategy for individuals to guarantee their rights before the Judiciary; c) judicialization can also be characterized as an undue interference

[1] Doutoranda e Mestre em Educação (UFAM). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (CIESA); em Direito Público (UEA). Advogada. Enfermeira do HUGV-Ufam e da FCECON.

of the Judiciary in the functioning of health policy. Thus, it is concluded that the process of judicialization of health destabilizes the allocation of public resources for the execution of public health policies.
Keywords: Judicialization. Public health. Right to health.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde cresce de modo exponencial. De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tramitam no Brasil mais de 520 mil processos sobre o Direito à Saúde, grande parte versando sobre a concessão de medicamentos, terapias, reserva de vagas e cirurgias a serem realizadas pelo SUS (CNJ, 2023). Neste cenário, a presente pesquisa tem por objetivo geral refletir sobre os impactos da judicialização da saúde no Brasil para o Sistema Único de Saúde (SUS). Partindo da seguinte pergunta norteadora: Quais os impactos da judicialização da saúde no Brasil para o Sistema Único de Saúde (SUS)?

Para responder ao objetivo principal e à pergunta norteadora, traçou-se como objetivos específicos: a) Discutir o direito à saúde a partir do ordenamento jurídico brasileiro, doutrinas e produções científicas; e, b) Investigar o conceito de judicialização da saúde e os impactos para o Sistema Único de Saúde (SUS).

Quanto a abordagem teórica, este artigo utiliza-se da pesquisa qualitativa, por trabalhar com o universo de significados, motivos, aspirações, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos (MINAYO, 2001, p. 21). Assim, a abordagem qualitativa "[...] parte do fundamento de que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, uma interdependência viva entre o sujeito e o objeto, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito" (CHIZZOTTI, 2000, p. 79).

Quanto aos seus objetivos, classifica-se como exploratória, pois "[...] busca levantar informações sobre determinado objeto, delimitando um campo de trabalho, mapeando as condições de manifestação desse objeto" (SEVERINO, 2016, p.132).

A coleta de dados contou com o apoio das pesquisas bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica pode ser definida como aquela realizada "[...] a partir do registro disponível, decorrente

de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses e dissertações" (SEVERINO, 2016, p. 131). E documental quando se utiliza de documentos como fonte de pesquisa, englobando não somente os impressos, mas, jornais, fotos, filmes, gravações e documentos legais (SEVERINO, 2016).

Desta forma, com o intuito de conhecer e analisar as produções científicas publicadas no período de 2019 a 2023 em relação ao tema de discussão aqui proposto, realizou-se pesquisas bibliográficas nas bases de dados da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), da *Scientific Electronic Library Online* (SciELO) e do Catálogo de Teses & Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). No campo de busca, utilizou-se os descritores: "Judicialização", "Direito à saúde" e "Saúde pública". Para refinar as buscas, adotou-se como critérios de inclusão: a) o marco temporal de 2019 a 2023; e, b) as produções que tivessem os descritores no título ou palavras-chave.

Como resultados das pesquisas bibliográficas obteve-se que no período de 2019 a 2023 foram produzidos no Brasil 139 (cento e trinta e nove) estudos com os descritores "Judicialização", "Direito à saúde" e "Saúde pública". A maioria das publicações estão relacionadas ao estudo de ações judiciais voltadas para o acesso a medicamentos e tratamentos que não estão padronizados pelo Sistema Único de Saúde; a **revisão sistemática de literatura sobre o acesso as ações e serviços de saúde; o controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos; a judicialização na saúde suplementar.**

Todavia, ao analisá-los a partir da leitura do resumo, constatou-se que apesar de possuírem os descritores nos títulos e nas palavras-chave, somente 10 (dez) estudos apresentam relação com o objeto deste manuscrito, como mostra o Quadro 1, a seguir.

Quadro 1 – Resultados das pesquisas bibliográficas realizadas nas bases de dados da BDTD, SciELO e CAPES.

Tipo de produção	Título	Autor/a	Objetivo	Ano de publicação
Dissertação	Sistema Único de Saúde e Igualdade: uma análise da instituição de cobrança pela utilização de	Bárbara Marianna de Mendonça Araújo Bertotti.	Analisar, a partir dos planos jurídico e político e à luz do princípio da igualdade material, a	2019

	serviços públicos de saúde.		possibilidade de instituição de cobrança no Sistema Único de Saúde – SUS.	
Artigo	Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil.	Octávio Luiz Motta Ferraz.	Contribuir para a busca de uma solução adequada e definitiva para aquela parte da judicialização que é reconhecidamente negativa (seja qual for sua exata proporção no fenômeno como um todo).	2019
Dissertação	O impacto da judicialização da saúde sobre a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo: orçamento e organização administrativa.	Gabriela Pinheiro Lima Chabbouh.	Situar a dimensão do fenômeno da judicialização da saúde ao longo do tempo e compará-la com a resposta administrativa organizacional da SMS/SP.	2019
Dissertação	Direito à saúde, SUS e judicialização.	Marcelito Lopes Fialho.	Fazer uma investigação sobre a judicialização da saúde pública, financiada pelos Entes Federados, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, em nível nacional.	2019
Tese	Judicialização como mecanismo de efetivação do direito fundamental à saúde.	Fatima Carolina Pinto Bernardes Kronka.	Verificar se a judicialização da saúde é um mecanismo para efetivação dos direitos fundamentais.	2020

Artigo	Sistema Único de Saúde – SUS: Um reflexo da cidadania	Acácia Regina Soares de Sá.	Demostrar que temos um sistema pensado de forma completa para garantir o acesso a todos, na medida das suas necessidades e riscos.	2020
Dissertação	Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos experimentais pelo SUS.	Patrícia Petruccelli Marinho.	Busca-se demonstrar que o microssistema do Judiciário causa desequilíbrio na execução das políticas públicas, uma vez que os fármacos não incluídos em lista de medicamentos trazem custos excessivos e sem a comprovação de eficácia.	2020
Artigo	Custos da judicialização da saúde no Brasil: análise do Executivo e Judiciário.	Alessanderson Jacó de Carvalho.	Estimar os custos gerados pelo tratamento das demandas judiciais em saúde, na esfera federal, dos poderes judiciário e executivo.	2021
Artigo	Impacto da judicialização da saúde nas políticas públicas do SUS.	Camila Neves Bezerra et al.	Investigar os impactos de gestão pública da judicialização da saúde nas políticas públicas em saúde do SUS, com enfoque nos programas de assistência farmacêutica e de ações de média e alta complexidade.	2023

Artigo	Judicialização da saúde e a distinção entre o controle e a intervenção.	Roberto Freitas Filho.	Estabelecer parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde.	2023

Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Deste modo, este artigo torna-se relevante para a comunidade científica, pois propõe-se a refletir sobre os impactos da judicialização da saúde no Brasil para o SUS. Além do levantamento bibliográfico, analisou-se as fontes documentais, tais como: os dados estatísticos processuais de Direito à Saúde disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023); a Lei n.º 8.080/1990 (BRASIL, 1990a); a Lei n.º 8.142/1990 (BRASIL, 1990b) e o Decreto n.º 7.508/2011 (BRASIL, 2011).

Em relação à fundamentação teórica, este manuscrito dialoga com doutrinadores como: Matta (2007); Diniz et al. (2014); Ferraz (2019); Bertotti (2019); Sá (2020); Vieira (2020); Carvalho (2021); Bezerra (2023); Freitas Filho (2023), dentre outros. E conta com o suporte metodológico de: Chizzotti (2000); Minayo (2001) e Severino (2016).

Salienta-se que este artigo está estruturado em 4 (quatro) seções, denominadas de: 1. Introdução; 2. O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro; 3. A judicialização da saúde e os impactos para o Sistema Único de Saúde (SUS). Destaca-se que as seções estão em consonância com os objetivos específicos.

2 O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde está presente como direito fundamental, sendo expressa no art. 6º, como um direito social garantido a todos os cidadãos, como ilustra o fragmento a seguir: "[...] são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1988, art. 6º).

É oportuno destacar que os direitos sociais representam a

garantia constitucional que permite ao cidadão brasileiro ter assegurado o mínimo necessário para uma vida digna. Na Carta Magna, além do art. 6º, a saúde está especificada no Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo II – Da Seguridade Social, na Seção II – Da saúde, nos arts. 196 a 200, onde são estabelecidos os direitos dos usuários, os deveres do estado e as diretrizes da organização do sistema; o processo de financiado do sistema; a participação da iniciativa privada e de empresas de capital estrangeiro na assistência à saúde; as atribuições do sistema; e a admissão de agentes comunitários de saúde e de combate às endemias (BRASIL, 1988).

Deste modo, legalmente a saúde no país constitui-se em um "[...] 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" (BRASIL, 1988, art. 196). Assim, ao versar sobre o Direito à Saúde, a Constituição Federal de 1988 não se limitou em assegurá-lo como direito de todos e dever do Estado, mas garantiu, prioritariamente, o acesso universal (art. 196) e a assistência integral (art. 198, inciso II).

A partir, da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não ficou mais limitada aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, embora sem vínculos empregatícios, passaram a ser titulares do direito à saúde. Cumpre destacar que até então, a assistência à saúde no Brasil destinava-se apenas aos trabalhadores da economia formal, com carteira assinada e seus dependentes. Como tinha natureza contribuitiva o sistema existente no país gerava uma divisão da população brasileira em dois grandes grupos, os previdenciários e os não previdenciários, além da pequena parcela da população que podia pagar os serviços de saúde por conta própria (BRASIL, 2003).

Do ponto de vista social, essa divisão separava a população brasileira em cidadãos de 1ª e de 2ª classe. Os de 1ª classe, representados pelos contribuintes da previdência, tinham um acesso "[...] mais amplo à assistência à saúde dispondo de uma rede de serviços e prestadores de serviços ambulatoriais e hospitalares providos pela previdência social por meio do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência - INAMPS" (BRASIL, 2003, p. 14). Os de 2ª classe, representados pelo restante da população brasileira, os não-previdenciários, "[...] tinham um acesso bastante limitado à assistência à saúde – normalmente

restrito às ações dos poucos hospitais públicos e às atividades filantrópicas de determinadas entidades assistenciais" (BRASIL, 2003, p. 14).

Entretanto, durante as décadas de 1970 e 1980, o agravamento das carências sociais, principalmente nos grandes centros urbanos, desencadearam o surgimento de vários movimentos populares de caráter reivindicatório, dando início ao Movimento da Reforma Sanitária, o qual tinha por objetivo democratizar o acesso à saúde e garantir o direito à saúde como um direito de cidadania. Este movimento foi liderado por profissionais e militantes da saúde, que se opunham ao modelo vigente na época, baseado na medicina curativa, na assistência privada e na exclusão da maioria da população (VIEIRA, 2020).

Em 1986, aconteceu a 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), onde foram lançadas as diretrizes para a construção de um sistema de saúde descentralizado e único. A 8ª CNS não criou o Sistema Único de Saúde (SUS), mas as metas, a filosofia e as bases para a criação de um sistema aberto para todos.

O relatório final do evento apontou o consenso em relação à formação de um sistema único de saúde, separado da previdência, e coordenado, em nível federal, por um único ministério. Também foram aprovadas as propostas de integralização das ações, de regionalização e hierarquização das unidades prestadoras de serviço e de fortalecimento do município. O relatório apontou ainda a necessidade da participação popular, por meio de entidades representativas, na formulação da política, no planejamento, na gestão e na avaliação do sistema (BRASIL, 2019).

2.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS): PRINCÍPIOS E DIRETRIZES

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), sendo regulamentado pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (BRASIL, 1990a) e pela Lei n.º 8.142/1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências

(BRASIL, 1990b). Além, disso destaca-se a existência de diversas normatizações, decretos, portarias e medidas provisórias que atualizam, alteram ou revisam aspectos organizacionais e operacionais do sistema.

Deste modo, o SUS é, por definição constitucional, um sistema público, nacional e de caráter universal, baseado na concepção de saúde como direito de cidadania. Sua implantação não é facultativa e as respectivas responsabilidades de seus gestores – federal, estaduais e municipais – não podem ser delegadas, sendo assim, ele é uma obrigação legalmente estabelecida (BRASIL, 2003).

Refazendo um retrospecto histórico em relação ao Sistema Único de Saúde, Sá (2020, *online*), assevera que a criação do SUS é "[...] fruto das propostas trazidas pela reforma sanitária que teve início ainda na década de 70, tendo como marco institucional a 8ª Conferência de Saúde, realizada em 1986". Para a magistrada, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 traz como obrigação do Estado garantir o acesso de todos às tecnologias de saúde (SÁ, 2020, *online*).

Segundo a Lei n.º 8.080/90, o Sistema Único de Saúde constitui-se em um "[...] conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público" (BRASIL, 1990a, art. 4º), tendo como objetivos:

> I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
> II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
> III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (BRASIL, 1990a, art. 5º).

As ações e os serviços públicos de saúde que o integram são organizados de acordo com os princípios da Universalização, Equidade e Integralidade. O Princípio da Universalização assegura aos cidadãos que os serviços de saúde, em todos os níveis de assistência, sejam efetivamente acessados.

O Princípio da Equidade consiste em tratar desigualmente os

desiguais de modo a alcançar a igualdade de oportunidades de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma sociedade. Deste modo, o ponto de partida da noção de equidade é o reconhecimento da desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais, reconhecendo que muitas dessas desigualdades são injustas e devem ser superadas. Para Matta (2007), o Princípio da Equidade é fruto de um dos maiores e históricos problemas da nação: as iniquidades sociais e econômicas. Essas iniquidades levam a desigualdades no acesso, na gestão e na produção de serviços de saúde.

O Princípio da Integralidade considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades, pressupondo a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

O art. 198 da Constituição Federal de 1988, apresenta como diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS):

> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
> III - participação da comunidade (BRASIL, 1988, art. 198).

A partir da diretriz da descentralização, as responsabilidades das ações e serviços de saúde são divididas entre os níveis de governo (federal, estadual e municipal), cada qual sob direção de um único órgão: no nível federal, pelo Ministério da Saúde; nos níveis estaduais e no Distrito Federal, pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e no âmbito dos municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (BERTOTTI, 2019).

Para Mattos (2007), a descentralização que trata o SUS é coerente com a concepção de um Estado federativo obediente a princípios constitucionais que devem ser assegurados e exercidos em cada esfera de governo. Neste sentido, a diretriz da descentralização corresponde à distribuição de poder político, de responsabilidades e de recursos da esfera federal para a estadual e municipal.

Segundo a diretriz de atendimento integral, o SUS deve oferecer cobertura assistencial ampla, que englobe medidas preventivas

e assistenciais, em consonância com o conceito de saúde adotado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

A diretriz da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, se alinha com a ideia da democracia participativa, que se traduz na possibilidade de os cidadãos participarem das decisões políticas do Estado (BERTOTTI, 2019). Para Mattos (2007), a participação popular é um dos marcos históricos da Reforma Sanitária brasileira, quando, no fim dos anos 1970, sanitaristas, trabalhadores da saúde, movimentos sociais organizados e políticos engajados na luta pela saúde como um direito propunham um novo sistema de saúde tendo como base a universalidade, a integralidade, a participação da comunidade e os elementos que atualmente constituem o arcabouço legal e a organização do SUS.

Destaca-se que, o *site* do Ministério da Saúde apresenta como princípios organizativos do SUS:

> **Regionalização e Hierarquização:** os serviços devem ser organizados em níveis crescentes de complexidade, circunscritos a uma determinada área geográfica, planejados a partir de critérios epidemiológicos e com definição e conhecimento da população a ser atendida. A regionalização é um processo de articulação entre os serviços que já existem, visando o comando unificado dos mesmos. Já a hierarquização deve proceder à divisão de níveis de atenção e garantir formas de acesso a serviços que façam parte da complexidade requerida pelo caso, nos limites dos recursos disponíveis numa dada região.
> **Descentralização e Comando Único:** descentralizar é redistribuir poder e responsabilidade entre os três níveis de governo. Com relação à saúde, descentralização objetiva prestar serviços com maior qualidade e garantir o controle e a fiscalização por parte dos cidadãos. No SUS, a responsabilidade pela saúde deve ser descentralizada até o município, ou seja, devem ser fornecidas ao município condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras para exercer esta função. Para que valha o princípio da descentralização, existe a

> concepção constitucional do mando único, onde cada esfera de governo é autônoma e soberana nas suas decisões e atividades, respeitando os princípios gerais e a participação da sociedade. **Participação Popular:** a sociedade deve participar no dia-a-dia do sistema. Para isto, devem ser criados os Conselhos e as Conferências de Saúde, que visam formular estratégias, controlar e avaliar a execução da política de saúde (BRASIL, [s.d], online).

Em se tratando da regionalização e hierarquização, Mattos (2007) afirma que essa concepção aproxima a gestão municipal dos problemas de saúde, das condições de vida e da cultura que estão presentes nos distritos ou regiões que compõem o município.

Cumpre salientar que o Decreto n.º 7.508, publicado 28 de junho em 2011, regulamenta a Lei n.º 8.080/1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa (BRASIL, 2011). Segundo o art. 3º da lei em tela, o SUS é constituído pela conjugação das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde executados pelos entes federativos, de forma direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada (BRASIL, 2011).

Um desafio permanente da gestão do SUS é o fortalecimento dos vínculos interfederativos, necessários à consolidação do Sistema. As Comissões Intergestores, enquanto instâncias de pactuação consensual entre os entes federativos para a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde integrados em redes de atenção à saúde, constituem-se foros permanentes de negociação, articulação e decisão entre os gestores na construção de consensos federativos, em cada nível da organização do Sistema: regional, estadual e nacional do SUS.

Assim, para assegurar ao usuário o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde do SUS, compete aos entes federativos, nas Comissões Intergestores, garantir a transparência, a integralidade e a equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde; orientar e ordenar os fluxos das ações e dos serviços de saúde; monitorar o acesso às ações e aos serviços de saúde; e ofertar regionalmente as ações e os serviços de saúde.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS IMPACTOS PARA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Nas últimas décadas, tem-se assistido à ampliação das demandas judiciais em assuntos relacionados à saúde, esta situação se convencionou chamar de judicialização da saúde (VIEIRA, 2020). Para a autora, a judicialização da saúde pode ser definida como "[...] uma situação de acionamento do Poder Judiciário por parte de indivíduos ou grupos de indivíduos, na condição de cidadãos ou de consumidores, com a finalidade de que este poder arbitre conflitos destes com o Poder Executivo, com empresas privadas e até mesmo com pessoas físicas, em matéria de saúde" (VIEIRA, 2020, p. 25).

Para Diniz et al. (2014, p. 592), a judicialização da saúde deve ser entendida como "[...] uma questão ampla e diversa de reclame de bens e direitos nas cortes: são insumos, instalações, medicamentos, assistência em saúde, entre outras demandas a serem protegidas pelo princípio do direito à saúde".

Para o desembargador Freitas Filho (2023, *online*), a expressão judicialização da saúde é, "[...] em algum sentido, enganosa e atrapalha a compreensão e o tratamento do fenômeno que se quer descrever. O fato de haver muitos processos sobre o direito à saúde não significa que eles sejam do mesmo tipo e nem que tenham de ser tratados da mesma forma". Assim, a judicialização não se refere ao grande número de ações, mas a um campo em que se discute um problema sensível ao Judiciário. Para o magistrado, no caso dos processos em que se pede aquilo previsto nas regras, o sistema de Justiça apenas controla sua observância, determinando que a norma existente produza seus efeitos. Todavia, no caso dos processos em que se pede medicamentos e tratamentos que não estão previstos, o que ocorre é uma intervenção judicial, com criação de regra. Não se trata de buscar eficácia de uma regra existente, mas de criar hipóteses normativas que vão acrescentando sentido às normas constitucionais gerais sobre a saúde. Por estes motivos, o termo judicialização da saúde torna-se inapropriado.

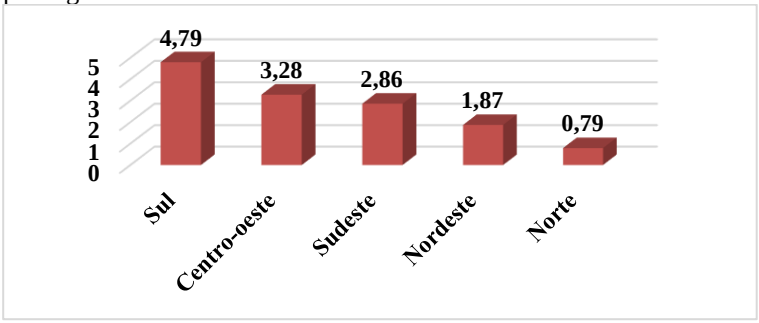
Para Carvalho et al. (2021), o fenômeno da judicialização vem sendo adotado como estratégia de indivíduos para garantir seus direitos recorrendo ao Poder Judiciário. A busca pela garantia do direito à saúde envolve a atuação de diversos órgãos, tais como: o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Executivo.

Em relação à judicialização da saúde, as doutrinas apontam argumentos positivos e negativos. Para Diniz et al. (2014), a judicialização pode ser um recurso para a garantia justa da saúde. Para Ferraz (2019), a judicialização não é necessariamente um fenômeno negativo da perspectiva do Estado Democrático de Direito, pois o fato de milhares de pessoas irem ao Judiciário pleitear seu direito constitucional à saúde pode ser um indicativo de maior consciência da população sobre seus direitos, de maior receptividade do Judiciário em relação aos direitos sociais das pessoas mais vulneráveis e de maior fiscalização e controle da sociedade sobre a administração pública.

Por outro lado, a judicialização pode ser caracterizada também como uma interferência indevida do Poder Judiciário no funcionamento da política de saúde (DINIZ et al., 2014). Ainda, o fenômeno pode ser uma garantia de privilégios e uma fonte crescente e preocupante de desorganização administrativa do sistema público de saúde do que uma "revolução de direitos" motivada pela omissão estatal em garantir saúde à população mais necessitada (FERRAZ, 2019) ou falhas das políticas públicas equacionadas pelo Judiciário (DINIZ et al., 2014).

Para Ferraz (2019), a judicialização não é motivada, na maioria dos casos, pelos principais problemas do sistema público de saúde. Pelo contrário, ela se concentra desproporcionalmente nos estados, cidades e bairros mais desenvolvidos do país, focando de modo desproporcional medicamentos e tratamentos de alto custo e comparativamente menos prioritários. Este entendimento teórico confirma os dados apresentados no Gráfico 1, os quais ilustram os números de processos distribuídos por regiões do Brasil.

Gráfico 1 – Números de processos por 100 mil habitantes distribuídos por regiões do Brasil.



Fonte: Elaborado pela autora (2023).
Nota 1: CNJ (2023).

As informações disponibilizadas no Gráfico 1 demonstram que nas regiões Sul e Centro-oeste os níveis de litigância *per capita* são mais expressivos, estando em média 4,79 ações por 100 mil habitantes e 3,28 ações por 100 mil habitantes respectivamente. Os estados da região Norte apresentam o menor percentual, o equivalente a 0,79 por cada 100 mil habitantes.

Para Freitas Filho (2023), desde o ano de 2010, o Poder Judiciário vem tentando racionalizar sua atuação nos processos que tratam do direito à saúde. Para tanto, criou o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (FONAJUS); os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NATJUS), para fornecer elementos de racionalidade à decisão judicial, já que tais decisões têm forte apelo emocional e se dão em um contexto de enorme peso psicológico. Além de fazer referência à necessidade de que decisões sobre saúde sejam baseadas em evidências científicas, a chamada "medicina por evidências".

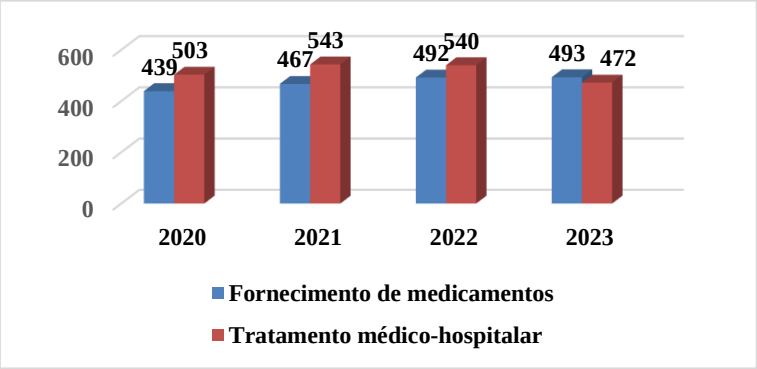
Todavia, apesar de todo esse movimento os números de processos judiciais sobre direito à saúde seguem consistentemente crescentes, como também os gastos públicos com esse tipo de prestação estatal, decorrentes de decisões judiciais. A judicialização continua, mais intensa do que nunca (FREITAS FILHO, 2023).

De acordo com o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde disponibilizado pelo CNJ, mais de 580 mil processos judiciais referente à saúde tramitam na Justiça brasileira (CNJ, 2023). Esses dados são referentes ao período de 2020 a 2022. No ano de 2023, foram judicializadas mais de 78 mil novas ações sobre saúde pública e 25 mil referente à saúde suplementar (CNJ, 2023). Entre os assuntos mais judicializados, estão os relacionados ao fornecimento de medicamentos, tratamento médico-hospitalar, reajustes contratuais e leitos hospitalares. Neste sentido, estudos realizados por Diniz et al. (2014) indicam que o principal bem judicializado nas cortes são os medicamentos. Compartilhando deste entendimento, Vieira (2020) afirma que do "[...] total de acórdãos publicados por tribunais de justiça no período de 2008 a 2017 e classificados como de judicialização da saúde (164.587 acórdãos), 69% tinham os medicamentos por objeto".

O Gráfico 2, a seguir ilustra o período (dias) de movimentação dos processos até o julgamento para fornecimento de medicamentos e

tratamento médico-hospitalar no período de 2020 a 2023.

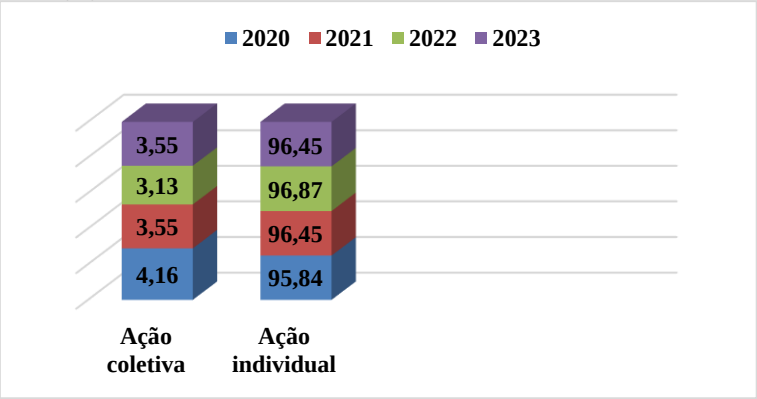
Gráfico 2 – Período de movimentação processual referente ao período de 2020 a 2023.



Fonte: Elaborado pela autora (2023).
Nota 2: CNJ (2023).

Quanto às decisões, a grande maioria são referentes às ações individuais, como mostra o Gráfico 3, a seguir.

Gráfico 3 – Percentual de decisões proferidas no período de 2020 a 2023 (%).



Fonte: Elaborado pela autora (2023).
Nota 3: CNJ (2023).

Em 2021, foram proferidas mais de 720 mil decisões em ações individuais. Em 2022, foram registradas mais de 800 mil decisões nessa modalidade. Em 2023, até o mês de abril, foram proferidas mais de 227 mil decisões em ações individuais (CNJ, 2023).

Neste contexto, Vieira (2020) assevera que os dados evidenciam que o Poder Judiciário é mais propenso a conceder decisões favoráveis ao autor em casos individuais do que em ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, uma vez que estas últimas, por serem estruturais e buscarem promover mudanças em políticas públicas, provocariam maior impacto econômico, situação em que o Poder Judiciário se mostra mais cauteloso.

Segundo estudo realizado por Diniz et al. (2014), dada a urgência dos tipos de demandas, a maior parte dos requerentes solicitam decisão liminar. Assim, 70% das liminares são atendidas pelos juízes. É oportuno destacar que, o processo de judicialização da saúde desestabiliza a destinação dos recursos públicos para a execução das políticas públicas de saúde. O aumento de ações judiciais de medicamentos e tratamentos de saúde tem gerado o que se pode entender como uma descompensação no sistema de relações entre os Poderes.

Segundo Vieira (2020), o gasto do Ministério da Saúde em ações judiciais de medicamentos cresceu 221% entre os anos de 2012 e 2016, chegando a R$ 1,6 bilhão no último ano. Decresceu 26% entre os anos de 2016 e 2017, e manteve-se no patamar de R$ 1,1 bilhão de 2017 a 2019. A autora salienta que entre os itens judicializados adquiridos pelo Ministério da Saúde de 2016 a 2020, a maioria dos 10 medicamentos de maior impacto orçamentário não estava incorporado ao SUS. Além disso, algumas decisões determinaram a compra de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Cumpre salienta-se que diante de um caso concreto, o magistrado precisa ter em mente que quaisquer procedimentos, técnicas ou terapêuticas a serem incorporados ao SUS passam por rigorosos estudos técnicos e de viabilidade financeira. Neste sentido, é importante pontuar que o processo de judicialização da saúde deve fundamentar-se sobre o binômino do mínimo existencial e da reserva do possível. Deste modo, em tese, o Poder Judiciário somente poderia ingerir na elaboração e execução de políticas públicas vinculadas a outro Poder Público para garantir o mínimo de condições básicas para a manutenção

da vida digna dos jurisdicionados. Por outro lado, deveria ser levada em consideração a existência de recursos disponíveis para a satisfação das políticas e ações às quais o estado se propõe (BEZERRA et al., 2023).

4 CONCLUSÃO

A judicialização da saúde no Brasil nas últimas décadas revela maior consciência dos indivíduos sobre o seu direito de requerer do Estado prestações de saúde, bem como maior disposição do Judiciário para reconhecer a legitimidade dessas demandas, ainda que muitas delas envolvam o pedido de acesso a tecnologias não previstas nas políticas do SUS.

Se de um lado esta situação mostra aspectos positivos, por outro, o excesso de decisões favoráveis ao autor, baseadas em solicitações individuais e concedidas sem consideração das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, impõe aos gestores dificuldades na operação do sistema de saúde e pode resultar na produção de maiores desigualdades de acesso a bens e a serviços de saúde no país.

O quadro atual da saúde pública aponta que o problema ainda está longe de ser resolvido, incumbindo desta forma, o Poder Público de buscar alternativas, a partir de medidas que visem resultados efetivos, tanto a longo, quanto em curto prazo. Assim, o Estado ao prestar os serviços de saúde pública deve guiar-se pelo princípio da eficiência, optando pelas medidas que, segundo o juízo de oportunidade e conveniência da Administração, se mostrem idôneas para a consecução da qualidade do atendimento, em consonância com o preceito constitucional da cobertura universal, para suprir as necessidades e os anseios do cidadão.

REFERÊNCIAS

BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça Araújo. 2019. 256 f. Sistema Único de Saúde e igualdade: uma análise da instituição de cobrança pela utilização de serviços públicos de saúde. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019.

BEZERRA, Camila Neves et al. Impacto da judicialização da saúde nas políticas públicas do SUS. Brazilian Journal of Health Review, V. 6, n.º 3, p. 10599–10617, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.34119/bjhrv6n3-17>. Acesso em: 10 de out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. 8ª Conferência Nacional de Saúde: quando o SUS ganhou forma. Publicado em 22 mai. 2019. Disponível em: < https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/592-8-conferencia-nacional-de-saude-quando-o-sus-ganhou-forma>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do SUS. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Presidência da República. 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. Brasília, 1990a. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá

outras providências. Brasília, 1990b. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 13 set. 2023.

CARVALHO, Alessanderson Jacó de. Custos da judicialização da saúde no Brasil: Análise do Executivo e Judiciário. In: XV Congresso ANPCONT. Evento virtual. 4 a 7 dezembro de 2021. Disponível em: < https://anpcont.org.br/wp-content/uploads/2022/05/324_merged.pdf>. Acesso em: 12 out. 2023.

CHABBOUH, Gabriela Pinheiro Lima. 2019. 129 f. O impacto da judicialização da saúde sobre a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo: orçamento e organização administrativa. Mestrado (Dissertação) – Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2019.

CHIZZOTTI, Antônio. Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: < https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 13 set. 2023.

DINIZ, Débora et al. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. Ciência & Saúde Coletiva, v. 19, n.º 2, p. 591–598, 2014. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/csc/a/PTXJ9db6bfHCrntkz4cfvsH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 out. 2023.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. Revista Direito GV, v. 15, n.º 3, 2019. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/rdgv/a/tLdSQ4Ggnm4w8GSfYdcqtTy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 out. 2023.

FIALHO, Marcelito Lopes. Direito à Saúde, SUS e Judicialização. 2019. 157 f. Mestrado (Dissertação) – Universidade Santa Cecília, Santos, 2019.

FREITAS FILHO, Roberto. Judicialização da saúde e a distinção entre o controle e a intervenção. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília: TJDFT, online, 2023. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2023/judicializacao-da-saude-e-a-distincao-entre-o-controle-e-a-intervencao. Acesso em: 11 de out. 2023.

KRONKA, Fatima Carolina Pinto Bernardes. 2020. 248 f. Judicialização como mecanismo de efetivação do direito fundamental à saúde. Doutorado (Tese) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

MARINHO, Patrícia Petruccelli. Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos experimentais pelo SUS. 2020. 112 f. Mestrado (Dissertação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lucia de Moura (Org.). Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, 2007. p. 61-80.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. (Org.). Pesquisa Social: teoria, método e criatividade. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SÁ, Acácia Regina Soares de. Sistema Único de Saúde – SUS: um reflexo da cidadania. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília: TJDFT, online, 2020. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/sistema-unico-de-saude-2013-sus-um-reflexo-da-cidadania>. Acesso em: 14 set. 2023.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 24 ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2016.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça (Texto para discussão). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2020.

O CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA E A EBSERH: INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

THE CONCEPT OF STATE FINANCE AND EBSERH: TELEOLOGICAL INTERPRETATION

Vinicius Hsu Cleto[1]
Caroline Aguida Fiori Hsu Cleto[2]

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 explanar 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 (EBSERH).
Keywords: State Finance. Public company. EBSERH.

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 DOUTRINA 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 Pública[2].

[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 processo[3] (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 língua[4], 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 - Emprêsa 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 Govêrno 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 fôrça 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 ateve 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 fiscais[6]

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 elastecidos.

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 distingue[7] 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 execuções[8]

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-principal[9], 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 Erário[10], 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 Estado[11]

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 terceirizados[12].

[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 Morais (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 EBSERH 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 EBSERH à condição de Fazenda Pública, inclusive para fins processuais-judiciais. A EBSERH 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 EBSERH 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 EBSERH 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 EBSERH 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 EBSERH.

Como o escopo da EBSERH 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 eficazes[13]

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 administrativamente[14]

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 sistema[15]

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 Xeque. 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 EBSERH. 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.

O PROCESSO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DA FILIAL EBSERH HU-UFGD: UM OLHAR RETROSPECTIVO DAS AÇÕES DESTA FILIAL ACERCA DO ATENDIMENTO DE PACIENTES INDÍGENAS, COMO INSTRUMENTO DE INSPIRAÇÃO E APRENDIZADO PARA FUTURAS INICIATIVAS INSTITUCIONAIS QUE CONSIDEREM AS CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS DA LOCALIDADE

THE HISTORICAL PROCESS OF ESTABLISHING THE EBSERH HU-UFGD BRANCH: A RETROSPECTIVE REVIEW OF THE ACTIONS OF THIS BRANCH REGARDING THE CARE OF INDIGENOUS PATIENTS, SERVING AS AN INSTRUMENT OF INSPIRATION AND LEARNING FOR FUTURE INSTITUTIONAL INITIATIVES THAT TAKE INTO ACCOUNT THE LOCALITY'S UNIQUE CHARACTERISTICS

Mara Silvia Zimmermann[1]
Luciana Comunian[2]

Resumo
O texto aborda o processo histórico da filial Ebserh HU-UFGD, com destaque para as ações dedicadas ao atendimento de pacientes indígenas. O compromisso do HU-UFGD em atender especificidades locais gerou ações concretas direcionadas ao atendimento de pacientes indígenas. A partir das ações já integradas pelo HU-UFGD, é possível construir um banco de dados que servirá de base para a implementação de outras ações institucionais no âmbito da rede Ebserh, inclusivas e capazes de atender às demandas específicas de cada localidade. Esses pilares serão essenciais para promover uma assistência em saúde mais abrangente, sensível às particularidades culturais e identificadas com as necessidades reais das pessoas atendidas pela rede Ebserh.Por meio de uma metodologia descritiva e retrospectiva, o presente artigo registra e analisa as ações institucionais do HU-UFGD em relação ao atendimento de pacientes indígenas. Dessa

[1] Advogada e Chefe da Unidade Jurídica da 14ª Região da Ebserh. Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados.
[2] Enfermeira da Ebserh. Especialista em Saúde Indígena pela Universidade Federal de São Paulo (UAB/UNIFESP).

forma, presente texto representa uma fonte valiosa de aprendizado, inspiração e incentivo para que as futuras iniciativas institucionais sejam concebidas e criadas com uma abordagem humanizada, inclusiva e adaptada às realidades locais.
Palavras-chave: HU-UFGD. Inclusão. Indígena.

Abstract
This text explores the historical process of the Ebserh HU-UFGD branch, with a particular emphasis on actions dedicated to the care of indigenous patients. HU-UFGD's commitment to addressing local specificities has resulted in concrete actions aimed at serving indigenous patients. Building upon the actions already integrated by HU-UFGD, it is possible to create a database that will serve as a foundation for implementing other institutional initiatives within the Ebserh network, initiatives that are inclusive and capable of addressing the specific demands of each locality. These pillars will be essential in promoting more comprehensive healthcare, one that is attuned to cultural particularities and aligned with the real needs of the individuals served by the Ebserh network. Thus, the retrospective examination of HU-UFGD's actions regarding the care of indigenous patients represents a valuable source of learning, inspiration, and motivation for future institutional initiatives to be conceived and developed with a humanized, inclusive, and locally adapted approach.
Keywords: HU-UFGD. Inclusion. Indigenous.

1 INTRODUÇÃO

Com uma busca crescente por uma assistência à saúde mais inclusiva e sensível às particularidades culturais, as instituições hospitalares têm reforçado o desafio de adaptar seus serviços para atender de forma adequada as populações atendidas.

Nesse contexto, a filial da Ebserh (Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares) denominada HU-UFGD (Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados) se destaca como um exemplo inspirador de como a implementação de práticas específicas para o atendimento de pacientes indígenas pode não apenas melhorar a qualidade da assistência prestada, mas também servir como referência para iniciativas futuras dentro da gestão da Ebserh e na esfera da saúde pública como um todo.

O processo histórico dessa jornada e as ações concretas realizadas pelo HU-UFGD demonstram a importância de uma abordagem culturalmente sensível e adaptada às realidades locais, destacando a necessidade de considerar as características únicas de cada comunidade atendida para garantir uma assistência que atenda as especificidades desta localidade, de maneira mais eficaz e digna.

Por meio de uma metodologia descritiva e retrospectiva, o presente artigo registra e analisa as ações institucionais do HU-UFGD em relação ao atendimento de pacientes indígenas.Exploraremos as ações inovadoras pelo HU-UFGD para o atendimento de pacientes indígenas e as implicações mais amplas dessas práticas, enfatizando como a diversidade cultural e a sensibilidade contextual são fundamentais para a promoção de uma saúde mais inclusiva e humanizada.

2 O PROCESSO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DA FILIAL EBSERH HU-UFGD

No início dos anos 2000, os Hospitais Universitários (HUs) enfrentaram diversas adversidades, especialmente relacionadas ao seu corpo de funcionários e à infraestrutura física, tecnológica e de recursos materiais.

Diante da necessidade de resolver essas questões, a administração pública federal foi impelida a tomar medidas para enfrentar os desafios em questão. Primeiramente, por meio do Decreto n.º 7.082/2010, foi instituído o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (Rehuf).

O programa foi criado com o propósito de promover a internação e revitalização dos HUs que integravam o Sistema Único de Saúde, com o objetivo de fornecer condições materiais e institucionais para que esses hospitais pudessem exercer plenamente suas funções nas áreas de ensino, pesquisa, extensão e assistência à saúde.

Em seguida, foi editada a Medida Provisória n.º 520/10, que instituiu a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Essa Medida Provisória, porém, perdeu a vigência ante sua rejeição.

Após o encerramento do prazo de vigência mencionada Medida Provisória, uma nova proposta legislativa foi enviada ao Congresso Nacional, tendo a Casa Legislativa aprovado a Lei n.º 12.550/11, que autorizou o Poder Executivo a criar a Empresa Pública

denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh).

Essa solução legislativa fundamenta-se na Constituição Federal. A Carta Máxima não estabelece um modelo predefinido para a prestação de serviços em saúde pelo poder público. Nesse contexto, é preconizada a autonomia de cada ente federativo para determinar a forma mais eficiente de executar as atividades correlatas à assistência da saúde (art. 18 da CF).

O art. 199 da Constituição Federal estabelece que os particulares podem exercer atividades de saúde, inclusive com finalidade lucrativa. Logo, não seria coerente que a prestação de serviços de saúde pelos particulares seja permitida, mas que o poder público, por meio da administração indireta (art. 4º, inciso II, alínea "b", do Decreto n.º 200/67), não possa oferecer os mesmos serviços, caracterizados como serviço público, através de uma empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado.

Nessa perspectiva jurídica, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, confirmou a validade da Lei que autorizou criação da Ebserh (ADI 4895).

A partir da criação da Ebserh, várias instituições aderiram à gestão desta Empresa. A Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) aderiu à gestão Ebserh em 26.09.2013, através do Contrato n.º 30/2013[1]. Posteriormente, o HU-UFGD tornou-se dela uma filial da Ebserh, conforme Resolução n.º 57, de 18 de outubro de 2013, publicada no DOU n.º 204, de 21.10.2013.

Na situação em questão, a transição da administração do HU-UFGD para a Ebserh não se realizou de maneira imediata. Isso ocorreu devido ao estipulado no parágrafo sétimo da cláusula sexta do contrato em questão, que estabeleceu um período de transição de 12 (doze) meses, contados da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado por termo aditivo.

> Cláusula Sexta – Das regras de transição
> Parágrafo Sétimo - O período de transição a que se refere o parágrafo anterior fica limitado ao

[1] Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Contrato de Gestão Especial. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/contratos-de-gestao/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/contrato-de-gestao-especial. Acesso em: 16 ago. 2023.

> período de 12 (doze) meses, contados da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado por termo aditivo, desde que evidenciada a ocorrência de fato superveniente pelas partes, que comprometa o cumprimento do prazo.

O Contrato n.º 30/2013 foi assinado em 26 de setembro de 2013, sendo que, em 23 de março de 2015, foi assinado o primeiro aditivo prorrogando o contrato por mais 12 (doze) meses. Posteriormente, conforme documentos em anexo, foram assinados outros aditivos, sendo que o último aditivo foi assinado em 30 de janeiro de 2019, prorrogando o período de transição por mais 12 (doze) meses.

Ou seja, nos termos dos aditivos de prorrogação, a assunção da gestão plena pela Contratada/Ebserh ocorreu somente a partir de janeiro de 2020 (data do término da vigência da última prorrogação do contrato, formalizada por meio de aditivo contratual).

Logo, conclui-se que o período de transição perdurou desde a assinatura do contrato (26.09.2013) até 30 de janeiro de 2020, e, consequentemente, a gestão plena do HU-UFGD pela Ebserh iniciou-se em 31 de janeiro de 2020.

Ou seja, no período anterior a 2013, a UFGD realizava exclusivamente a gestão do HU-UFGD. No lapso temporal compreendido entre 26/09/2013 até 30/01/2020, ocorreu uma fase de cogestão, na qual tanto a UFGD continuou a desempenhar algumas atividades, como a filial da Ebserh passou a assumir outras responsabilidades. Somente a partir de 31.01.2020 é que a Ebserh assumiu integralmente a gestão plena do HU-UFGD.

3 A CONSTRUÇÃO DE UMA REDE DE ATENDIMENTO QUE CONSIDERE AS ESPECIFICIDADES DE CADA LOCALIDADE: O CASO DO HU-UFGD NO ATENDIMENTO DE PACIENTES INDÍGENAS

O Estado de Mato Grosso do Sul tem a segunda maior população indígena do Brasil, com 80.459 moradores em aldeias e acampamentos de oito grupos étnicos: Guarani Nhandevá (denominado Guarani), Guarani Kaiowá (denominado Kaiowá), Terena, Kadwéu, Kinikinaw, Atikun, Ofaié e Guató, sendo as de maior predominância os Guaranis, os Kaiowás e os Terenas.

Dourados tem a maior população aldeada do Estado[2]. O HU-UFGD, por sua vez, é o terceiro do Brasil e o maior fora da região norte em internação de integrantes da população indígena. Em 2022 foram internados 1.181 pacientes, o que representou um aumento de 19,29% em relação ao ano anterior, com 990 internações. Os números do ano passado representam 11,8% dos pacientes indígenas nos 10 hospitais brasileiros com mais internações deste público, segundo o DataSUS. Além disso, o HU-UFGD é o terceiro hospital com maior número de partos de indígenas no País, com 544 atendimentos[3].

O anexo XIV, da Portaria de Consolidação n.º 2, de 28 de setembro de 2017, do Ministério da Saúde, aprovou a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, que dentre outras diretrizes, estabeleceu que essa política deve respeitar as culturas e valores de cada etnia, bem como integrar as ações da medicina tradicional com as práticas de saúde adotadas pelas comunidades indígenas (art. 1º, inciso IX, do anexo 2, do anexo XIV, da Portaria n.º 02/17).

A Portaria de Consolidação n.º 6, de 28 de setembro de 2017, que consolida as normas sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde, estabeleceu nos arts. 274 e 295, a regulamentação dos incentivos de atenção básica e especializada aos povos indígenas (art. 274 ao art. 295).

Nos termos do art. 267, inciso I, da mencionada Portaria, farão *jus* ao recebimento dos recursos financeiros do incentivo para a atenção especializada aos povos indígenas – IAE-PI, dentre outros estabelecimentos de saúde, os hospitais universitários:

> Art. 276. Poderão ser habilitados ao recebimento do IAE-PI:
> I – estabelecimentos hospitalares que prestam serviços especializados e de apoio diagnóstico ao SUS, públicos ou privados sem fins lucrativos, incluídos os hospitais universitários;

[2] SeteSCC. Comunidades Indígenas. Disponível em: https://www.setescc.ms.gov.br/comunidades-indigenas-2/. Acesso em: 16 ago. 2023.

[3] Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Hospital da Ebserh na Grande Dourados (MS) é o Terceiro do País em Internações e Partos de Indígenas. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hospital-da-ebserh-na-grande-dourados-ms-e-o-terceiro-do-pais-em-internacoes-e-partos-de-indigenas. Acesso em: 16 ago. 2023.

[...]

O pedido de habilitação ao recebimento do IAE-PI será entregue por meio físico ao DSEI/SESAI/MS da circunscrição do estabelecimento de saúde, devendo ser instruído, além de outros documentos, com o Plano de Metas e Ações – PMA.

> Art. 278. O pedido de habilitação ao recebimento do IAE-PI será entregue por meio físico ao DSEI/SESAI/MS da circunscrição do estabelecimento de saúde, ou, no caso dos estabelecimentos situados no Distrito Federal, diretamente ao órgão central da SESAI/MS, instruído com os seguintes documentos:
> [...]
> II – Plano de Metas e Ações – PMA, observado o disposto nos art. 283 a 285.

Como ação integrante para recebimento do recurso financeiro de incentivo para a atenção especializada aos povos indígenas (IAE-PI), o HU-UFGD, em parceria com o DSEI/MS (Distrito Sanitário Especial Indígena de Mato Grosso do Sul) e representantes do Conselho Distrital de Saúde, elaborou o plano de metas e ações para a atenção especializada aos povos indígenas, documento assinado em 19 de julho de 2018 pelo Superintendente do HU-UFGD.

Em novembro do referido ano, o HU-UFGD, por meio da Portaria n.º 3.658, de 11 de novembro de 2018, foi habilitado ao recebimento de recursos financeiros do incentivo para atenção especializada aos povos indígenas (IAE-PI), no qual é estabelecido os recursos financeiros do bloco de custeio das ações e serviços públicos de saúde a ser incorporados ao grupo de atenção de média e alta complexidade ambulatorial e hospitalar do Estado do Mato Grosso do Sul e Município de Dourados.

Ou seja, considerando a realidade local desta filial, no sentido de que esta instituição possui um relevante quantitativo de atendimento de pacientes indígenas, o HU-UFGD protocolou pedido de habilitação ao recebimento do mencionado incentivo, e após sua habilitação, vem realizando diversas ações direcionadas ao atendimento do paciente indígena, bem como pretende efetivar diversas outras ações, conforme plano de Plano de Metas e Ações do Incentivo da Atenção

Especializada para os Povos Indígenas[4].

Vejamos, então, as ações do HU-UFGD para atendimento de pacientes indígenas:

4 AÇÕES IMPLEMENTADAS PELO HU-UFGD PARA ATENDIMENTO DE PACIENTES INDÍGENAS

O respeito aos povos indígenas é prioridade nas políticas institucionais e com o intuito de criar ferramentas para que o atendimento aos pacientes indígenas fosse realizado de forma acolhedora e humanizada, em 2018 foi instituído o Núcleo de Saúde Indígena (NSI) do HU-UFGD, que é regido por Regimento Interno[5], que traz subsídios para transformações e implementações na assistência em saúde aos povos indígenas. Em março de 2023, houve a troca de nomenclatura de Núcleo para Comitê de Saúde Indígena (CSIN), uma vez que a temática/demanda relacionada ao atendimento à população indígena é permanente.

O CSIN é composto por representantes multiprofissionais e interinstitucionais (membros internos, externos e da comunidade indígena). São realizadas reuniões ordinárias uma vez por mês e extraordinária sempre que necessário, propondo ações para qualificar o atendimento do paciente indígena no âmbito do HU-UFGD, como também discutindo os principais problemas na assistência deste.

Logo após a implementação do CSIN, o HU-UFGD promoveu diversas ações direcionadas a melhorias do atendimento do paciente indígena. Vejamos:

Em novembro de 2018, o HU-UFGD, o Polo Base de Dourados do DSEI/MS e a Secretaria Municipal de Saúde de Dourados realizaram ações concernentes ao "Novembro Azul". As ações referiram-se à conscientização sobre o câncer de próstata, cujo objetivo

[4] Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Boletim de Serviço No. 158, de 04 de setembro de 2018. Anexo à Portaria No. 264 - Plano de Metas e Ações do Núcleo de Saúde Indígena. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/acesso-a-informacao/boletim-de-servico/2018/boletim-de-servico-no-158-04-09-2018-anexo-portaria-no-264-plano-de-metas-e-acoes-do-nucleo-de-saude-indigena.pdf. Acesso em: 18 ago. 2023.

[5] Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/acesso-a-informacao/pops-protocolos-e-processos/gad/reg-nsi-001-regimento-interno-do-nucleo-de-saude-indigena-nsi.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

foi mitigar a demanda reprimida de procedimentos em saúde voltados à população masculina das aldeias indígenas de Dourados. Na ocasião, a maioria das demandas eram de consultas com urologista, cirurgia geral, endoscopias, colonoscopias, tomografias, ultrassonografias de próstata e bolsa escrotal e exames de eletrocardiograma e eletroencefalograma[6].

Em agosto de 2019, o HU-UFGD apoiou uma ação realizada nas aldeias Bororó e Jaguapiru da Associação Médicos da Floresta em parceria com o DSEI/SESAI/MS. A ação foi voltada para a assistência em oftalmologia, clínica médica e odontologia, com a realização de mais de mil consultas. O Comitê de Saúde Indígena apoiou na logística de atividades, buscou parceria junto à UFGD para transporte de profissionais e fornecimento de refeições e lanches. A ação contou também com o apoio de residentes do Programa de Residência Multiprofissional em Saúde com Ênfase de Saúde Indígena.

Em maio de 2020, coordenado pelo CSIN, 4 profissionais de saúde do HU-UFGD integraram uma força-tarefa organizada pela Secretaria de Estado da Saúde para realização de testes rápidos de Covid-19 em pacientes com risco da doença nas aldeias Bororó e Jaguapiru de Dourados, no qual também houve a participação de profissionais do Hospital Evangélico de Dourados.

Com o advento da pandemia de Covid-19 (2020 à julho de 2022), as atividades do Comitê de Saúde Indígena foram paralisadas, sendo que os colaboradores foram realocados para áreas assistenciais, visando garantir a capacidade mínima adequada de pessoal para dar continuidade das operações em resposta ao aumento da demanda por recursos humanos e manutenção dos serviços essenciais. O HU-UFGD foi a principal referência no tratamento da COVID-19 do interior do Estado.

Em agosto de 2022, foi realizado o 1° Workshop de Atenção à Saúde Indígena[7]. Esse evento foi promovido pela Superintendência e pela Gerência de Ensino Pesquisa do HU-UFGD e teve como objetivo

[6] Universidade Federal da Grande Dourados. HU-UFGD Participa de Ação que Realizou Mais de Mil Consultas a Moradores das Aldeias Jaguapiru e Bororo. Disponível em: https://portal.ufgd.edu.br/noticias/hu-ufgd-participa-de-acao-que-realizou-mais-de-mil-consultas-a-moradores-das-aldeias-jaguapiru-e-bororo. Acesso em: 24 ago. 2023.

[7] Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. HU-UFGD Realiza I Workshop de Atenção à Saúde Indígena. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hu-ufgd-realiza-i-workshop-de-atencao-a-saude-indigena. Acesso em: 24 ago. 2023.

propor ações para qualificar os atendimentos do paciente indígena no âmbito do HU-UFGD, como também discutir os principais problemas na assistência ao paciente indígena, recompor o CSIN e definir equipe para elaboração de plano de metas de ação para aprimorar a assistência prestada à população indígena.

Em setembro de 2022, o CSIN foi reestruturado, sendo realizada a elaboração de um novo Plano de Metas de Ações para melhoria do atendimento da comunidade indígena no âmbito hospitalar e, desde então, a Gestão e os membros do Comitê vêm desenvolvendo ações em prol de uma atenção diferenciada.

Em outubro de 2022, o CSIN e representantes da comunidade indígena de Dourados participaram do 1° Workshop de Gestão do HU[8]. Esse evento teve como objetivo promover um espaço para discussão do papel do HU-UFGD, enquanto campo de formação profissional e na prestação de serviços em saúde, nos mais diversos contextos e sob diferentes olhares.

Dentre as ações realizadas, no Boletim de Serviço do HU-UFGD n.º 310, de 02 de dezembro de 2022, foi publicada a Resolução n.º 105/2022, que assegura o direito aos pacientes indígenas, no âmbito do HU-UFGD, a acompanhantes por eles indicados em tempo integral.

Além disso, foi realizado levantamento de colaboradores falantes do idioma guarani para auxiliarem em interlocuções quando necessário. O CSIN está realizando estudo técnico preliminar para disponibilização de intérprete indígena do idioma guarani.

Tendo em vista que estava em andamento o Novo Projeto de Layout do HU, o CSIN realizou tratativas com a gestão e setor de infraestrutura para que traduções no idioma guarani fossem incorporados nas placas internas de maior circulação de pacientes/ acompanhantes e visitantes indígenas. Após a devida tramitação administrativa, a demanda foi atendida sem custo adicional respeitando as Normais do Manual do Novo Layout. O CSIN buscou apoio junto a Faculdade Intercultural Indígena (FAIND/UFGD) para tradução; elas estão em fase de produção pela empresa licitada e serão instaladas até o final do ano de 2023.

Visando assegurar um tratamento de saúde humanizado que

[8] Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Hospital Universitário da UFGD Promove o 1º Workshop de Gestão. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hospital-universitario-da-ufgd-promove-o-1o-workshop-de-gestao. Acesso em: 24 ago. 2023.

respeitasse os saberes e práticas indígenas, buscou-se junto aos Polos Bases/DSEI/MS identificar os cuidadores tradicionais amplamente reconhecidos pelas comunidades indígenas, a fim de facilitar o acesso deles nas unidades de internação para possíveis práticas de medicina tradicional, se assim o paciente/acompanhante indígena desejasse. A relação desses cuidadores foi amplamente divulgada nas unidades de internação do hospital com orientações de que caso alguma prática tradicional não fosse condizente com as condutas terapêuticas, os profissionais de saúde buscassem consenso para a realização do cuidado no contexto da estrutura onde será realizado.

Visando promover espaços adequados para os cuidadores tradicionais poderem realizar seus ritos com os pacientes indígenas, vem sendo discutido junto à comunidade indígena/cuidadores tradicionais a viabilização de um projeto para construção de espaço para que os cuidadores tradicionais possam ter um lugar reservado para a execução de seus saberes.

O CSIN promoveu um encontro[9] entre profissionais nutricionistas e enfermeiros que trabalham diretamente com as populações indígenas em territórios com a equipe de nutrição do HU-UFGD e residentes de nutrição com ênfase em saúde indígena. O encontro teve o objetivo de discutir as práticas alimentares das comunidades indígenas Guarani, Kaiowá e Terena em seus territórios, a fim de implementar alterações nos cardápios fornecidos aos pacientes e acompanhantes indígenas assistidos pelo hospital.

Em abril de 2023, foi realizado o 1° Simpósio de Saúde Indígena "Reserva & Saúde Indígena: uma visão panorâmica"[10], cujo objetivo foi apresentar a reserva indígena de Dourados e a situação de saúde de sua população, pelo olhar dos próprios indígenas e profissionais de saúde que os atendem. O evento teve como público-

[9] Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. HU-UFGD Promove Encontro sobre Dieta Indígena. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hu-ufgd-promove-encontro-sobre-dieta-indigena. Acesso em: 24 ago. 2023.

[10] Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. HU-UFGD Promove o 1º Simpósio Reserva e Saúde Indígena. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hu-ufgd-promove-o-1o-simposio-reserva-e-saude-indigena#:~:text=A%20atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20HU%2DUFGD%20junto%20aos%20ind%C3%ADgenas&text=Em%20seguida%2C%20publicou%.>. Acesso em: 24 ago. 2023.

alvo toda a comunidade hospitalar, em especial os residentes e colaboradores que realizam atendimento direto à população indígena.

Os temas discutidos no simpósio foram: *A História da Reserva Indígena de Dourados*, ministrado pelo Professor da UFGD Antônio Dari Ramos; *Saúde da população da reserva indígena de Dourados*, ministrado pela enfermeira Indianara Ramires Machado – indígena da etnia guarani - e o agente de saúde Ade Vera - indígena da etnia guarani Kaoiwá; *Fluxo de atendimento à população indígena de Dourados*, ministrado por Gabriela Duarte Pereira Shimada - Coordenadora do Polo Base de Dourados e indígena da etnia terena – e Caio Gustavo Simonelli – nutricionista do Polo Base de Dourados; *Comitê de Saúde Indígena do HU-UFGD: o que é? Como funciona?*, ministrado pela coordenadora do Comitê Luciana Comunian.

O evento foi fruto de um Curso de extensão em antropologia e políticas públicas para a rede de proteção às crianças e "adolescentes" indígenas, promovido pela UFGD, por meio da FAIND em parceria com a Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso do Sul (ESMP) no ano de 2022.

Em fevereiro de 2023, a coordenação do CSIN juntamente com residentes com ênfase em saúde indígena realizou roda de conversa sobre a Assistência de Saúde Prestada aos Indígenas da Grande Dourados na linha materno-infantil na UMC.

Visando integrar os profissionais do HU-UFGD em temáticas relacionadas à saúde indígena e profissionais de saúde dos territórios indígenas, o CSIN fomenta a participação desses profissionais em *web* conferências disponibilizadas pela rede RUTE - Rede Universitária de Telemedicina, que estimula a integração e a colaboração entre profissionais da saúde por meio de Grupos de Interesse Especial (SIG), dentre eles o SIG Saúde Indígena que traz temáticas relevantes sobre a população indígena. O CSIN vem realizando tratativas junto a Unidade do e-Saúde do HUGD, a fim de verificar a viabilidade de execução de projeto de teleconsultoria e/ou telediagnóstico e/ou tele-educação via telessaúde para os pacientes indígenas em conjunto com as Equipes Multidisciplinares de Saúde Indígena.

A Unidade de Desenvolvimento de Pessoal do HU-UFGD, em parceria com a FAIND, com a finalidade de capacitar os colaboradores do HU-UFGD, para reduzir as barreiras linguísticas e culturais durante a prestação de serviços e cuidados aos indígenas, ofertou 40 vagas para o curso de Extensão e Formação "Acolhimento e Linguagem Guarani e

Kaiowá". As aulas estão sendo realizadas na segunda quinzena de cada mês, iniciado no mês de junho e será finalizado no mês de setembro de 2023.

Com o intuito de traçar o perfil dos óbitos ocorridos em pacientes indígenas e discutir os principais problemas na assistência, o CSIN tem representatividade na Comissão de Mortalidade Materno Perinatal e Infantil do hospital e na Comissão de Revisão de Óbitos.

O CSIN vem buscando junto ao DSEI/MS o mapeamento das necessidades de atendimento de clínica especializada para pacientes indígenas **(**demanda reprimida de consultas e exames especializadas em Média e Alta Complexidade (MAC)), para a viabilizar junto a Gestão a implementação de ambulatório especializado em saúde indígena e viabilizar o atendimento das demandas reprimidas dos polos bases.

O CSIN apoia as Unidades de Saúde do HU-HUGD no aprimoramento de protocolos e manuais existentes ou em construção com adequações para população indígena, quando necessário.

Em agosto de 2023, as lideranças e cuidadores das comunidades indígenas locais comparecem no HU-UFGD para discussão da viabilidade de criação de espaço cultural de práticas tradicionais indígenas que contemplem as etnias locais (Guarani, Kaiowá e Terena)[11]. Entende-se por espaço tradicional um modelo de habitação de sapê, conhecidos popularmente como "casa de reza".

O HU-UFGD conta desde 2015 com o grupo de Seresteiras idealizado pela brinquedista pedagoga Laura Cyrineu Munhoz e Silva. O grupo em datas comemorativas levam música e alegria a todos os setores do hospital. No final do ano de 2022 a seresta de fim de ano foi realizada em *pout pourri* sendo agregado cântico indígena no idioma guarani.

Guarani Kaiowá toiko meme - (autor Duadino Martines)
Ore purahei rupi ve (Através do nosso canto)
Ñande jeroky (das nossas danças

[11] Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Lideranças e Cuidadores das Comunidades Indígenas Comparecem no HU-UFGD. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/liderancas-e-cuidadores-das-comunidades-indigenas-comparecem-no-hu-ufgd. Acesso em: 24 ago. 2023.

tradicionais)
Ko'ẽ, ko'ẽ jave rohesa-pe, Pa'i Kuara Rendy (Ao primeiro raiar do amanhecer, o Esplendor do Grande Sol)
Ñande reta oñondive, Guarani Kaiowá (Somos muitos em um só povo, os Guarani Kaiowás)
Toiko meme (Que sua memória e história ainda possa existir por muito tempo)
To ñehendu, to ñehendu (Escutem, ouçam)
Entero, yvy pora rupi (Em todos os lugares onde há vida)
Ñande purahei, ñande purahei (O nosso cantar, nosso cantar)

O CSIN do HU-UFGD também apoia campanhas internas em prol da comunidade indígena de Dourados como, por exemplo, a Campanha de arrecadação de materiais escolares e roupas/sapatos para as crianças indígenas e Campanha de agasalho para famílias indígenas.

Em síntese, o HU-UFGD tem desempenhado um papel vital na implementação de práticas que promovem um atendimento acolhedor, sensível à cultura e respeitoso aos saberes tradicionais das comunidades indígenas.

As várias ações realizadas, desde a implantação de um CSIN, com elaboração de Plano de Metas de Ações para melhoria do atendimento da comunidade indígena; a disponibilização de intérpretes; a atuação em parceria com outras instituições para fins de promoção da saúde indígena; a realização de Workshops, Simpósios e roda de conversa; a asseguração da possibilidade de o paciente indígena ter acompanhante; a realização de parcerias para fins de capacitação em línguas indígenas dos colaboradores do HU; dentre outras ações, demonstram um compromisso verdadeiro do HU-UFGD em fornecer cuidados de saúde de qualidade e acessíveis aos povos indígenas, evidenciando um esforço coordenado para fortalecer os laços entre o hospital e as comunidades indígenas

Diante do exposto, verifica-se que o HU-UFGD desempenha um relevante papel na promoção da saúde indígena e serve como um exemplo inspirador para outras instituições de saúde que buscam abordagens mais inclusivas, que considerem as características próprias da realidade local.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo histórico de criação da filial Ebserh HU-UFGD é uma jornada que merece um olhar retrospectivo, especialmente quando se trata das ações dedicadas ao atendimento de pacientes indígenas. As iniciativas acima destacadas representam um valioso instrumento de inspiração e aprendizado para futuras empreitadas institucionais dos hospitais integrantes da gestão da Ebserh.

Por meio do compromisso em atender e considerar as especificidades da população atendida, o HU-UFGD obteve resultados expressivos em relação ao atendimento de pacientes indígenas. Essa experiência pode servir de inspiração e aprendizado para outras iniciativas corporativas no âmbito da Ebserh e da saúde pública, especialmente para aqueles que buscam abordagens mais inclusivas e contextualizadas em suas ações.

Ao verificarmos a diversidade cultural presente em diferentes regiões do país, reconhecemos a importância de acompanhar as particularidades de cada comunidade atendida. O contexto cultural influencia diretamente as práticas de saúde, as crenças e as necessidades dos pacientes. Portanto, considerar esses aspectos é fundamental para oferecer uma assistência que seja culturalmente sensível e que responda aos desafios locais.

A adaptação aos contextos locais é uma prática inteligente, uma vez que as soluções que funcionam em uma região podem não ser exemplares em outra. Cada localidade possui características únicas, como infraestrutura, recursos humanos, condições geográficas e epidemiológicas distintas. Por isso, é possível que as ações promovidas sejam adaptáveis e flexíveis o suficiente para se adequar a cada cenário.

Ao analisar o percurso histórico dessa filial, torna-se evidente a importância de promover um atendimento de saúde que seja sensível à diversidade cultural e social. A construção de uma rede de atendimento que considere as características próprias de cada localidade é essencial para garantir o seguimento das políticas públicas de saúde e para oferecer um atendimento de qualidade a todos os cidadãos.

O respeito à diversidade cultural, o envolvimento da comunidade e a adaptação aos contextos locais são fundamentais para que as ações institucionais da Ebserh alcancem resultados ainda mais eficientes e dignos. A partir das ações já implementadas pelo HU-UFGD, é possível construir um banco de dados que servirá de base para

a implementação de outras ações institucionais, inclusivas e capazes de atender às demandas específicas de cada localidade.

Esses pilares serão essenciais para promover uma assistência em saúde mais abrangente, sensível às particularidades culturais e identificadas com as necessidades reais das comunidades locais atendidas pela rede Ebserh.

Dessa forma, o olhar retrospectivo sobre as ações do HU-UFGD acerca do atendimento de pacientes indígenas representa uma fonte valiosa de aprendizado, inspiração e incentivo para que as futuras iniciativas institucionais da Ebserh sejam ainda mais concebidas e incorporadas com uma abordagem humanizada, inclusiva e adaptada às realidades locais.

REFERÊNCIAS

Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Contrato de Gestão Especial. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/contratos-de-gestao/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/contrato-de-gestao-especial. Acesso em: 16 ago. 2023.

Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Hospital da Ebserh na Grande Dourados (MS) é o Terceiro do País em Internações e Partos de Indígenas. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hospital-da-ebserh-na-grande-dourados-ms-e-o-terceiro-do-pais-em-internacoes-e-partos-de-indigenas. Acesso em: 16 ago. 2023.

Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Boletim de Serviço No. 158, de 04 de setembro de 2018. Anexo à Portaria No. 264 - Plano de Metas e Ações do Núcleo de Saúde Indígena. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/acesso-a-informacao/boletim-de-servico/2018/boletim-de-servico-no-158-04-09-2018-anexo-portaria-no-264-plano-de-metas-e-acoes-do-nucleo-de-saude-indigena.pdf. Acesso em: 18 ago. 2023..

Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. HU-UFGD Realiza I Workshop de Atenção à Saúde Indígena. Disponível em:

https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hu-ufgd-realiza-i-workshop-de-atencao-a-saude-indigena. Acesso em: 24 ago. 2023.

Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Hospital Universitário da UFGD Promove o 1º Workshop de Gestão. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hospital-universitario-da-ufgd-promove-o-1o-workshop-de-gestao. Acesso em: 24 ago. 2023.

Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. HU-UFGD Promove Encontro sobre Dieta Indígena. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hu-ufgd-promove-encontro-sobre-dieta-indigena. Acesso em: 24 ago. 2023.

Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. HU-UFGD Promove o 1º Simpósio Reserva e Saúde Indígena. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/hu-ufgd-promove-o-1o-simposio-reserva-e-saude-indigena#:~:text=A%20atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20HU%2DUFGD%20junto%20aos%20ind%C3%ADgenas&text=Em%20seguida%2C%20publicou%. >. Acesso em: 24 ago. 2023.

Brasil. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Lideranças e Cuidadores das Comunidades Indígenas Comparecem no HU-UFGD. Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-centro-oeste/hu-ufgd/comunicacao/noticias/liderancas-e-cuidadores-das-comunidades-indigenas-comparecem-no-hu-ufgd. Acesso em: 24 ago. 2023.

Universidade Federal da Grande Dourados. HU-UFGD Participa de Ação que Realizou Mais de Mil Consultas a Moradores das Aldeias Jaguapiru e Bororo. Disponível em: https://portal.ufgd.edu.br/noticias/hu-ufgd-participa-de-acao-que-realizou-mais-de-mil-consultas-a-moradores-das-aldeias-jaguapiru-e-bororo. Acesso em: 24 ago. 2023.

REFLEXÕES SOBRE A COISA JULGADA EM FACE DAS PRERROGATIVAS DE FAZENDA PÚBLICA CONCEDIDAS À EBSERH POR RECENTE DECISÃO DO PLENÁRIO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

REFLECTIONS ON THINGS RES JUDICATA IN FACE OF THE PUBLIC FINANCE PREROGATIVES GRANTED TO EBSERH BY RECENT DECISION OF THE PLENARY OF THE SUPERIOR LABOR COURT

Leandro Weder da Silva Marra[1]
Bruno Wurmbauer Junior[2]
João Aureliano Dias Filho[3]

Resumo

A Ebserh é empresa pública federal totalmente dependente do Tesouro Nacional que presta serviços públicos gratuitos de assistência à saúde no âmbito do SUS, bem como de apoio ao ensino, pesquisa e extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de profissionais no campo da saúde pública.

Em razão dos serviços públicos que presta, sem finalidade de lucro e atuação em regime não concorrencial, o Pleno do TST lhe reconheceu prerrogativas de Fazenda Pública, seguindo jurisprudência do STF.

Esse pronunciamento do TST, em princípio, deveria servir de precedente vinculante para toda Justiça Trabalhista, porém não é o que sempre acontece, levando ao questionamento acerca da real repercussão dessa decisão, que passa pela análise da relação jurídica processual e dos limites da coisa julgada, além da jurisprudência.

A relação jurídica processual se estabelece em contraditório. Tem características próprias e se distingue da relação jurídica material. É eminentemente de trato continuado e, também, suscetível de

[1] Bacharel em direito pela UCB (2012). Especialista em Direito Processual pela PUC Minas (2017). OAB-DF (2013). Atualmente, advogado do Contencioso Trabalhista da Ebserh.

[2] Advogado, mestre em direito pela Universidade de Brasília. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito - CBB, da OAB/DF. Na Ebserh, atualmente exerce os cargos de Chefe de Divisão Jurídica de Polo Ativo e Execução Trabalhista e de Presidente da Comissão de Ética.

[3] Bacharel em Direito pela Universidade Paulista - UNIP (2012). Advogado inscrito na OAB/DF desde 2012. Chefe do Serviço Jurídico de Contencioso Trabalhista da Ebserh.

resolução por decisão transitada em julgado.

A coisa julgada material é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão não mais sujeita a recurso. Tem limites objetivos, subjetivos e temporais rigidamente definidos. Entretanto, para as sentenças determinativas, que lidam com relações jurídicas continuativas, torna-se possível que alteração fática ou jurídica possa provocar nova apreciação da causa, mesmo após a res judicata, haja vista a incidência da cláusula rebus sic stantibus, da teoria do isolamento dos atos processuais e do princípio tempus regit actum.

Lado outro, existem os precedentes, que são orientações em relação a determinado caso concreto, cujo núcleo (ratio decidendi) pode ser utilizado como diretriz para a resolução de outras demandas. Atualmente, o direito processual nacional conta com precedentes vinculantes, que devem ser obrigatoriamente utilizados pelos magistrados.

Ao representar superação (overruling) da jurisprudência até então prevalente na corte, antes contrária à concessão da benesse, a decisão do Pleno do TST que conferiu as prerrogativas fazendárias à Ebserh se caracteriza como precedente vinculante, por força legal, devendo ser obedecida pelos tribunais e magistrados trabalhistas.

Voltando à questão das execuções e das prerrogativas da Fazenda concedidas à Ebserh, já se vislumbram na jurisprudência trabalhista posições que vão ao encontro das ideias defendidas neste artigo em pelo menos três situações distintas.

A primeira, quando não houve pronunciamento anterior sobre a questão da Fazenda Pública, aparentemente não traz óbice ao deferimento do regime de precatórios na execução.

Outra situação diz respeito aos casos em que há indeferimento de apenas alguns aspectos da equiparação na fase de conhecimento, como isenção de custas e depósitos recursais, por exemplo. Neste caso, também não se vislumbra maiores empecilhos, pois seriam causas de pedir e pedidos diversos, não havendo que se falar em coisa julgada.

Por fim, há situação que também já se identifica na jurisprudência trabalhista, a qual parece melhor se alinhar com a percepção da natureza continuativa da relação jurídica processual, na medida em que se indefere o regime de precatórios na fase de conhecimento e, mesmo assim, concede-se a prerrogativa na execução com

fundamento na recente decisão do TST.

Palavras-chave: Estatal prestadora de serviços públicos. Prerrogativas da Fazenda Pública concedidas por novo precedente vinculante. Limites da coisa julgada superados na fase de execução.

Abstract

Ebserh[1] is a federal public company, totally dependent on the National Treasury, that provides free public health care services within the scope of the SUS[2] and also support for teaching, research and extension, teaching-learning and training of professionals in the field of public health.

Due to the public services it provides, non-profit and operating under a non-competitive regime, the TST[3] Plenary recognized it with Public Treasury prerogatives, following STF[4] jurisprudence.

This pronouncement by the TST, in principle, should serve as a binding precedent for all Labor Courts, however this is not what always happens, leading to questioning about the real repercussion of this decision, which involves analyzing the procedural legal relationship and the limits of *res judicata*, in addition to jurisprudence.

The procedural legal relationship is established in contradiction. It has its own characteristics and is distinguished from the material legal relationship. It is eminently ongoing and can also be resolved by final and unappealable decision.

Material *res judicata* is the authority that makes the decision no longer subject to appeal immutable and indisputable. It has rigidly defined objective, subjective and temporal limits. However, for determinative sentences, which deal with continuing legal relationships, it becomes possible that a factual or legal change may provoke a new assessment of the case, even after *res judicata*, given the incidence of the *rebus sic stantibus* clause, of the isolation theory procedural acts and the *tempus regit actum* principle.

On the other hand, there are precedents, which are guidelines in relation to a specific case, whose core (*ratio decidendi*) can be used as a guideline for resolving other demands. Currently, national procedural law has binding precedents, which must be used by judges.

[1] Ebserh it is the acronym for Brazilian Hospital Services Company
[2] It is like National Health Service
[3] The Brazilian Superior Labor Court
[4] The Brazilian Federal Supreme Court

By representing an overruling of the jurisprudence previously prevalent in the court, previously contrary to the granting of the benefit, the decision of the TST Plenary that conferred the financial prerogatives on Ebserh is characterized as a binding precedent, by legal force, and must be obeyed by the labor courts and magistrates.
Returning to the issue of executions and the prerogatives of the Treasury granted to Ebserh, positions can already be seen in labor jurisprudence that are in line with the ideas defended in this article in at least three different situations.
The first, when there was no previous statement on the issue of the Public Treasury, apparently does not pose an obstacle to granting the precatory regime in execution.
Another situation concerns cases in which only some aspects of the equivalence are rejected in the knowledge phase, such as exemption from costs and appeal deposits, for example. In this case, no major obstacles can be envisaged, as they would be causes of action and various requests, and there is no need to talk about *res judicata*.
Finally, there is a situation that is also already identified in labor jurisprudence, which seems to better align with the perception of the continuous nature of the procedural legal relationship, insofar as the precatory regime is rejected in the knowledge phase and, even thus, the prerogative in execution is granted based on the recent decision of the TST.
Keywords: State public service provider. Prerogatives of the Public Treasury granted by new binding precedent. Limits of things rejudicated exceeded in the execution phase.

1 INTRODUÇÃO

A autorização para criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) foi dada pela Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011.

Da leitura da referida lei e do superveniente Estatuto Social da Empresa, constata-se que a Ebserh tem por finalidade a prestação gratuita de serviços de assistência à saúde exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

E mais: em benefício das instituições públicas federais de ensino ou congêneres, tem por objetivo a prestação de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à

formação de pessoas no campo da saúde pública (art. 3º da Lei 12.550/2011).

E foi justamente ao considerar esses relevantes serviços públicos prestados pela Empresa, bem como o fato de ela não ter finalidade lucrativa nem concorrer com a iniciativa privada, que, no âmbito do jurídico da estatal, construiu-se tese no sentido da defesa em juízo da extensão de prerrogativas de Fazenda Pública à Ebserh.

Notadamente no Tribunal Superior do Trabalho (TST), de início, a referida tese não prosperou. Nas turmas da corte superior, aplicava-se a literalidade do art. 173, § 1º, II, da Constituição[1], a fim de justificar o indeferimento de prerrogativas de Fazenda Pública à Ebserh.

Apenas em dezembro de 2020, em decisão inédita, a 4ª Turma do TST reconheceu à Ebserh prerrogativas fazendárias, por ocasião do julgamento do RR-252-19.2017.5.13.0002 (relator: ministro Ives Gandra Martins Filho, publicação: 18/12/2020). Esse passou a ser o entendimento do aludido colegiado sobre a matéria.

E somente em maio de 2022, a 5ª Turma do TST reconheceu tais prerrogativas à Empresa, ao julgar o Ag-RRAg-20176-02.2019.5.04.0841 (relator: ministro Breno Medeiros, publicação: 20/05/2022). Após isso, também passou a julgar a matéria de modo favorável às pretensões da estatal.

As demais turmas do tribunal (1ª, 2ª, 3ª, 6ª, 7ª e 8ª) continuaram a não reconhecer prerrogativas de Fazenda à Ebserh até, pelo menos, o início de 2023.

Acontece que, por intermédio da interposição de recurso de embargos (art. 894, II, da CLT[2]), o Processo n. 252-19.2017.5.13.0002 foi encaminhado para julgamento pela Subseção I da Seção

[1]Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º 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, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[2] Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: [...] II - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Especializada em Dissídios Individuais (SBDI 1) do TST, ocasião na qual esse colegiado se mostrou propenso a reconhecer prerrogativas de Fazenda Pública à Ebserh, de modo a alterar o entendimento das seis turmas mencionadas. E foi nessa oportunidade que, por força do art. 72 do respectivo Regimento Interno[3], a matéria foi enviada ao Pleno do tribunal superior trabalhista, com o escopo de se uniformizar, de modo definitivo, o posicionamento de toda a corte sobre o tema.

Em consequência, em 20/03/2023, na esteira da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF), o Pleno do TST reconheceu à Ebserh prerrogativas típicas da Fazenda Pública em juízo.

Veja-se a ementa do acórdão do referido julgamento:

> [...] EXTENSÃO DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH), NO QUE TANGE À ISENÇÃO DO RECOLHIMENTO DE CUSTAS E DE DEPÓSITO RECURSAL. [...] 3 - **Registre-se que não se debate nestes autos a aplicação do regime de precatórios à ora embargada - empresa pública -, matéria de índole constitucional sobre a qual tem se pronunciado o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, relativamente a outras entidades da Administração Pública Indireta. Entretanto, há uma íntima relação entre a possibilidade de aplicação do regime de precatórios, e eventual isenção do depósito recursal visto que, se não for cabível a execução direta, não há razão para a garantia do Juízo quando da interposição de recursos**. 4 - **Extrai-se de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a sujeição integral das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas**

[3] Art. 72. As decisões do Órgão Especial, das Seções e Subseções Especializadas que se inclinarem por contrariar súmula, orientação jurisprudencial e precedente normativo ou decisões reiteradas de 5 (cinco) ou mais Turmas do Tribunal sobre tema de natureza material ou processual serão suspensas, sem proclamação do resultado, e os autos encaminhados ao Tribunal Pleno, para deliberação sobre a questão controvertida, mantido o relator de sorteio no órgão fracionário.

privadas, nos termos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, não ocorre em todos os casos, mas naqueles em que o Poder Público atua no campo da atividade econômica em sentido estrito (dentre outros: ADI 1552 MC/DF, relator Min. Carlos Velloso, Publicação em 17/04/1998, Tribunal Pleno; ADI 1642, relator Ministro Eros Grau, Publicação em 19/09/2008, Tribunal Pleno) 5 - Nessa toada, verifica-se que a Suprema Corte tem destacado alguns fatores na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, como se extrai, por exemplo, dos julgamentos do **Processo RE 599628/DF (Tema 253 de Repercussão Geral), da ADPF 387, e da ADPF 437**. 6 - **Em linhas gerais, sob a ótica das decisões do STF, às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com outras empresas do setor, com objetivo de lucro. Caso prestem serviço público, sem concorrência e sem finalidade de lucro, o regime não será integralmente aquele próprio das empresas privadas, devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios**. 7 - Nesse contexto, a solução do caso concreto, em que se discute a aplicação de privilégios processuais da Fazenda Pública à EBSERH, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal, impõe-se verificar a finalidade de sua criação, o âmbito e o modo de sua atuação. 8 - **Conforme a Lei n.º 12.550/2011 e o Estatuto Social, a EBSERH tem por finalidade a prestação de serviços de assistência à saúde inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, além de prestação, a 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. Eventuais lucros são totalmente reinvestidos para atendimento do seu objeto social, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência**. 9 - Além disso, embora possam existir outras instituições de direito privado oferecendo serviços semelhantes, inclusive conveniadas ao SUS, **não há que se falar de atuação em pleno regime concorrencial, na medida em que é dispensada a licitação para a contratação da EBSERH pela Administração Pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto social**. 10 - **Nesse contexto, constata-se que a embargada tem finalidade de prestação de serviços públicos essenciais, ligados à saúde e à educação, não atua em regime de concorrência e não reverte lucros à União. Em face de tais características, faz jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública referentes à isenção de recolhimento de custas e depósitos recursais**. 11 - Embargos conhecidos e desprovidos" (E-RR-252-19.2017.5.13.0002, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 16/05/2023). (grifos nossos)

Assim, após clara guinada jurisprudencial, decidiu o TST em favor da concessão de prerrogativas fazendárias à Ebserh, com lastros em diversos precedentes do STF que reconhecem a estatais prestadoras de serviços públicos típicos, sem finalidade lucrativa e de natureza não concorrencial o regime de precatórios (artigo 100 da Constituição Federal[4]), haja vista, dentre outros, os preceitos constitucionais da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF[5]), separação funcional dos

[4] O art. 100, *caput*, da CF dispõe: "Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim".

[5] Art. 167. São vedados: [...] VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem

poderes (art. 2º da CF[6]) e continuidade dos serviços públicos (art. 175 da CF[7]).

Importa destacar, na fundamentação do referido acordão do TST, a citação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 387, ajuizada pelo governador do estado do Piauí em defesa da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI), bem como a referência à ADPF n. 437, do Estado do Ceará em amparo à Empresa de Assistência Técnica e Extensão do Ceará (EMATERCE). Em ambos os casos, o Supremo reconhece o direito das estatais ao regime constitucional de precatórios (art. 100 da CF).

Pois bem, primeiro, importa rememorar que decisões do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade e orientações do Pleno do TST são precedentes vinculantes, consoante a clara dicção do art. 927 do Código de Processo Civil (CPC):

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> [...]
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

De se imaginar, neste passo, que tais decisões, principalmente quando prolatadas pelo plenário do tribunal superior trabalhista, detivessem caráter eminentemente vinculante, como ensina Fredie Didier[8].

O festejado autor explica que há uma vinculação interna dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma corte e, também, uma vinculação externa dos demais órgãos de instância inferior (juízos e

prévia autorização legislativa;

[6]Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[7] O art. 175, *caput*, da CF: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

[8] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 vol. II. p. 466.

tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Em suma, o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados.

No entanto, a prática tem demonstrado que, com relação às prerrogativas processuais, os juízes e tribunais têm sido refratários a acolher a teoria, principalmente quando ela é posta em confronto com a dita coisa julgada, naqueles casos em que já houve discussão na fase de conhecimento.

De fato, com base na alegação de que há "coisa julgada" sobre a matéria, os magistrados rejeitam o pedido de concessão das prerrogativas da Fazenda Pública, ignorando o precedente que fora fixado pelo Plenário do TST. Tome-se, à guisa de exemplo, o recente julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. MANTIDO. Considerando que a sentença exequenda já declarou que a autora não é detentora das prerrogativas processuais inerentes à fazenda pública, a coisa julgada formada em relação à temática só pode ser desconstituída, em tese, por ação rescisória, inviabilizando a rediscussão da matéria na fase de execução, bem como em sede de mandado de segurança, conforme ditames do art. 5º, III, da Lei n. 12.016/2009 e Súmula n. 33 do TST. Assim, correto o indeferimento liminar da petição inicial do mandado de segurança. Agravo regimental a que se nega provimento. (TRT-23 - MSCIV: 00002125420235230000, Relator: AGUIMAR MARTINS PEIXOTO, Tribunal Pleno)

Assim, questiona-se: qual deve ser a repercussão da recente orientação do Pleno do TST (julgamento do E-RR-0000252-19.2017.5.13.0002) sobre execuções trabalhistas em curso nas quais, eventualmente, o título executivo judicial não reconhece prerrogativas de Fazenda à Ebserh?

Indaga-se ao se considerar que, para a continuidade dos relevantes serviços públicos prestados pela estatal, mesmo nesses casos,

revela-se imprescindível concedê-la o regime de precatórios e demais prerrogativas fazendárias próprias da execução.

A resposta a esse questionamento passa pela análise da relação jurídica processual e dos limites da coisa julgada que a aprecia. E para tanto, busca-se o auxílio da doutrina especializada em Direito Processual. Mas não só. Cumpre, também, buscar na jurisprudência trabalhista soluções ao problema apresentado.

2 SOBRE A AUTONOMIA E O DINAMISMO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Há muito, tenta-se conceituar o processo. E atualmente, na fase publicista, destaca-se a teoria que intenta defini-lo como relação jurídica em contraditório, de modo a conciliar as doutrinas de Oskar von Büllow (processo como relação jurídica) e Elio Fazzalari (processo como procedimento em contraditório)[9].

Não obstante, indubitavelmente, as relações jurídicas material e processual não se confundem. De forma bastante sintética, a primeira (relação jurídica material) é o objeto da discussão, e a segunda (relação jurídica processual), a estrutura por meio da qual esse debate ocorre[10].

A relação jurídica processual é composta, de regra, por demandante, demandado e Estado-Juiz[11]. Além disso, possui características peculiares, das quais, para os fins desta análise, importa destacar a autonomia e o dinamismo. Em relação a elas, Daniel Amorim Assumpção Neves leciona[12]:

> A relação jurídica de direito processual é autônoma quando comparada com a relação jurídica de direito material, significando que, mesmo não existindo a segunda, existirá a primeira. Julgado improcedente o pedido do autor, declara-se que o direito material alegado na petição inicial não existe, o que, entretanto, não afeta a existência da relação jurídica formada por ele, o réu e o juiz. [...]

[9] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
[10] *Idem*
[11] *Idem*
[12] *Idem*, p. 284.

> Diferente das relações de direito material, que em regra são instantâneas, a relação jurídica processual é continuada, desenvolvendo-se durante o tempo. [...] Dessa maneira, existe uma continuidade da relação jurídica processual que envolve um dinamismo porque esse desenvolvimento faz com que o procedimento caminhe rumo ao seu final durante certo lapso temporal. A atuação dos sujeitos processuais torna dinâmica a relação jurídica processual.

Dessarte, em um mesmo processo judicial, podem ser prolatadas, de um lado, decisões a respeito da relação jurídica material e, de outro, atinentes à relação jurídica processual.

E uma vez que a relação jurídica processual é de trato continuado, em relação a ela, os limites da coisa julgada são dotados de certas peculiaridades, notadamente quanto ao aspecto temporal. Explica-se.

3 OS LIMITES DA COISA JULGADA MATERIAL E A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A dicção legal é clara, coisa julgada material é "[...] a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" (art. 502 do CPC).

Sobre os limites objetivos da *res judicata*[13], sabe-se que, segundo o art. 503, *caput*[14], do CPC, esses são estabelecidos pelos contornos da "[...] questão principal expressamente decidida". Não obstante, segundo o § 1º[15] do referido dispositivo, as questões prejudiciais também podem transitar em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais.

Quanto aos limites subjetivos, "[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros" (art. 506 do

[13] Coisa julgada (tradução livre).
[14] Cabeça (tradução nossa).
[15] § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

CPC).

Daí dizer que somente há possibilidade de incidência do óbice da coisa julgada quando repetidos "[...] as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido" (art. 337, § 2º, do CPC).

Já quanto ao seu limite temporal, pode-se afirmar que a coisa julgada é historicamente situada, pois tem o alcance delimitado pela moldura do quadro fático-jurídico do qual decorre. Esse contorno estabelece desde quando e até quando a *res judicata* incide[16].

Justamente por isso, no geral, "[...] não são admitidas as chamadas 'sentenças futuras', aquelas que regram situações ainda não consumadas (futuras)[17]". De fato, consoante a doutrina, "[...] diante de uma situação ainda não concretizada, faltaria interesse processual da parte para desencadear a prestação jurisdicional"[18].

A exceção a essa regra fica por conta das denominadas sentenças determinativas[19], pois emitem juízo meritório a respeito de relações jurídicas de trato continuado e, por consequência, sobre os respectivos desdobramentos no tempo, enquanto não modificado o contexto fático-jurídico que a gerou (cláusula *rebus sic stantibus*[20])[21].

Com a mudança no quadro fático ou jurídico, permite-se, em alguns casos, a revisão automática da decisão determinativa e, em outros, autoriza-se o reexame apenas por intermédio da denominada ação revisional (art. 505, I, do CPC[22]), cujo ajuizamento somente pode

---

[16] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: tutela de direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[17] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 551.

[18] *Idem*, p. 551.

[19] "Chama-se sentença determinativa àquela que provê sobre relação jurídica de trato sucessivo ou continuado (também chamada de relação jurídica continuativa)" (CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 333).

[20] Assim estando as coisas, permanecendo assim as coisas (tradução livre).

[21] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

[22] Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio

ser exigido por lei[23].

A bem da verdade, "[...] como quaisquer sentenças de mérito, as sentenças determinativas são aptas a alcançar a autoridade de coisa julgada material. E a coisa julgada que se forma sobre as sentenças determinativas é igual a qualquer outra"[24].

Acontece, porém, que a mudança no estado de fato ou de direito representa causa de pedir diversa da analisada à época da prolação da sentença determinativa e, consequentemente, não alcançada pela *res judicata*, haja vista incidência da cláusula *rebus sic stantibus*, própria dos julgamentos das relações continuativas[25].

Especificamente em relação às modificações no estado de direito das relações jurídicas processuais, cumpre observar o art. 14 do CPC:

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Esse dispositivo consagra, assim, a denominada teoria do isolamento dos atos processuais e o princípio *tempus regit actum*[26], dois institutos caros ao estudo do Direito Intertemporal no que concerne à aplicação de norma processual nova ao processo em curso.

Sobre a aplicação da norma processual no tempo, colhe-se da doutrina de Alexandre Câmara[27]:

---

modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.

[23] ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa Julgada em Matéria Constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos / (organizado pelo) Gabinete do Ministro-Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2005.

[24] CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 334.

[25] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

[26] O tempo rege o ato (tradução livre).

[27] CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 38.

> Por sua vez, o art. 14 trata da aplicação da norma processual no tempo, ao estabelecer que "a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada". Adota-se, expressamente, pois, a chamada teoria do isolamento dos atos processuais.
> Significa isto dizer que a lei processual aplicável a cada ato processual é a lei vigente ao tempo em que o ato processual é praticado (*tempus regit actum*). A lei processual nova entra em vigor imediatamente, alcançando os processos em curso no momento de sua entrada em vigor.

E como "norma processual" para os fins do art. 14 do CPC, deve-se entender, *v. g.*[28], a lei propriamente dita (emanada da atividade legislativa), bem como os precedentes de caráter vinculante sobre direito adjetivo (art. 927 do CPC).

4 JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES: CONCEITO, DISTINÇÕES E TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO

Os precedentes judiciais são orientações proferidas em relação a um caso concreto, cujo núcleo pode ser utilizado como diretriz para a resolução de demandas semelhantes. Seu elemento central, com caráter obrigatório, é a *ratio decidendi*[29], ou a regra de direito, os fundamentos jurídicos que dão sustentação à decisão[30]. Todas as demais afirmações e argumentações que fazem parte e estão inseridas na motivação da sentença, mas que não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão, compõem o *obiter dictum*[31].

Importante destacar que "precedente" não se se confunde com

[28] *Verbi gratia* (latim): por exemplo (tradução livre).
[29] Razão de decidir (tradução livre).
[30] REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. Revista de Processo. vol. 217. p. 401. Mar/2013.
[31] Dito de passagem, argumento de mero reforço (tradução nossa).

"jurisprudência", nem tampouco com "súmula", já que o primeiro se refere a uma decisão sobre determinado caso particular, ao passo que a segunda aponta para uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. Enquanto o precedente fornece uma regra universalizável que se aplica como critério de decisão, a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças, não raro incoerentes, eivadas de frequentes contradições e de repentinas mudanças de orientação [32]. Finalmente, quanto às súmulas, elas pretendem – nem sempre com sucesso – oferecer enunciados normativos (textos) que reflitam os precedentes reunidos em jurisprudência. Sobre precedentes, Daniel Mitidiero[33]considera:

> Os recursos existem porque os litigantes são obrigados a correr às instâncias extraordinárias para obter decisões acordes aos precedentes do STF e do STJ. Se fosse possível nas instâncias ordinárias desde logo alcançar decisões conforme aos precedentes do STF e do STJ, certamente não seria necessário abrir as portas desses Tribunais a todo e qualquer caso. A igualdade impor-se-ia pela observância do precedente.

O doutrinador leciona que a obediência aos precedentes efetiva garantias constitucionais como o devido processo legal, a isonomia, a segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional. Outrossim, também logra alcançar objetivos processuais relevantes, como a não surpresa, a previsibilidade, a estabilidade, a coerência da ordem jurídica, o desestímulo à litigância, a duração razoável do processo e a maior eficiência do Poder Judiciário[34].

Importa saber que os precedentes podem ser classificados

[32] TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo. vol. 199. p. 139. Set/2011.
[33] MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil um diálogo entre mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni, Revista de Processo. vol. 199. p. 83. Set/2011.
[34] MITIDIERO, Daniel. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação Revista de Processo. vol. 217. p. 401. Mar/20138

quanto à sua eficácia, subdividindo-se em vinculantes ou obrigatórios (*binding precedent*[35]), que possuem eficácia vinculante em relação aos julgamentos subsequentes, ou persuasivos (*persuasive precedent*[36]), que não são nem vinculantes nem obrigatórios. Nesta perspectiva, podem ser livremente acatados ou mesmo repudiados pelos magistrados.

Abraçando esta distinção, o direito processual pátrio positivou os precedentes vinculantes, como é o caso do art. 927 do CPC, referido anteriormente, procurando afastar-se de uma longa tradição de precedentes apenas persuasivos.

Todavia, ainda que a lei lhes garanta eficácia vinculante, a dinâmica desses precedentes não deve ser estática e absolutamente rígida, nem pode servir ao engessamento dos tribunais. Por outro lado, comporta técnicas jurídicas sofisticadas que visam ao confronto, superação ou afastamento dos precedentes, sempre sob demanda de elevada carga de argumentação jurídica[37].

Neste sentido, Dierle Nunes[38] aponta que os mecanismos de *distinguishing*[39] e *overruling*[40], oriundos do *common law*[41], apareceram como uma solução natural para a manutenção da coesão do ordenamento jurídico. Para o jurista,

> [...] nem mesmo no sistema em que se originou a teoria do precedente judicial, no qual a jurisprudência tem força vinculante, foi considerado salutar reduzir o juiz a um mero autômato, reproduzindo a solução dada por outro órgão jurisdicional sem interpretá-la devidamente.

Humberto Dalla Bernadino explica que *distinguishing* é a

[35] Precedente vinculante (tradução livre).
[36] Precedente persuasivo (tradução nossa).
[37] Op.cit. 26
[38] NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano e CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do distinguishing no Brasil. Revista Libertas, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.
[39] Distintivo (tradução livre). Juridicamente, diz respeito à técnica da distinção.
[40] Anulando (tradução livre). Pode-se considerar "overrule" (anular) sinônimo de "reject" (rejeitar). Juridicamente, técnica da rejeição.
[41] Direito comum (tradução livre).

atividade de diferenciar o caso concreto que está sob julgamento do precedente que se pretende invocar, e *overruling* vem a acontecer quando a *ratio decidendi* do precedente é rejeitada por ser obsoleta, injusta ou inexequível do ponto de vista prático[42].

De fato, o *distinguishing* (ou *distinguish*), como a tradução sugere, ocorre quando há distinção entre o caso concreto e o precedente, seja por não haver similitude entre os fatos em julgamento e aqueles que embasaram a *ratio decidendi* do precedente, seja porque entre eles existem alguma particularidade que afasta a aplicação do precedente[43].

Pelo *overruling*, o precedente perde sua força vinculante e é revogado expressamente por outro. Em regra, deve ser praticado pelo mesmo tribunal que fixou o precedente, pois ele possuiu natural legitimidade para substituí-lo. Entretanto, compreensível se imaginar que tal legitimidade possa ser transferida (ou avocada) para um tribunal superior – como o TST, no caso da justiça trabalhista.

Mas há *overruling* também ante a superação de um entendimento jurisprudencial, conforme leciona a doutrina[44].

Para Bruno Garcia Redondo[45], não obstante o *overruling* possa ocorrer por qualquer motivo, é mais frequente nos seguintes casos:

(a) quando o precedente está obsoleto ou desfigurado;

(b) quando é absolutamente injusto, incorreto ou equivocado;

(c) quando se revela inexequível na prática;

(d) quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social ou passa a negar proposições morais, políticas e de experiência; e

(e) quando não tem consistência sistêmica, deixando de guardar coerência com outras decisões ou com novos dispositivos legais.

O mesmo autor salienta, ainda, que o *overruling* pode ser expresso ou implícito, quanto à forma adotada; no tocante à eficácia da

---

[42] PINHO,Humberto Dalla Bernardina de Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil , volume II. São Paulo : Saraiva, 2012.n.p

[43] DIDIER Jr, Fredie Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 5.ed. n.p

[44] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

[45] REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação Revista de Processo. vol. 217. p. 401. Mar/2013.

alteração, poderá ser retrospectivo, prospectivo ou antecipado. O *retrospective*[46] *overruling*, dotado de eficácia *ex tunc*[47], tem lugar quando o precedente a ser substituído não pode ser invocado quanto a fatos anteriores à superação e que ainda estejam pendentes de julgamento; de outra banda, o *prospective*[48] *overruling*, com eficácia *ex nunc*[49], quando a *ratio decidendi* do precedente substituído permanece aplicável aos fatos anteriormente ocorridos e aos processos instaurados antes de sua superação.

Quanto às decisões de turmas do TST que, até março de 2023, negavam a concessão de prerrogativas de Fazenda Pública à Ebserh, classificá-las como mera jurisprudência ou como precedentes revela-se tarefa árdua, mormente se se considerar o fato de serem oriundas de corte superior responsável pela uniformização da jurisprudência dos tribunais regionais do trabalho e, de regra, justamente por isso, amplamente acatadas por juízes e desembargadores trabalhistas.

Fato é que essas decisões não vinculavam os julgadores das instâncias ordinárias. No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 13ª Região (Paraíba/PB), por exemplo, mesmo antes de março/23, a Súmula n. 41 reconhecia à Ebserh prerrogativas fazendárias, ao enunciar: "Aplicam-se à EBSERH as prerrogativas processuais da Fazenda Pública uma vez que se trata de empresa pública prestadora de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrência". Apresentava-se, portanto, esse entendimento da instância ordinária em contradição à jurisprudência do TST até então prevalecente.

Mas, por essas razões, seriam esses julgamentos *turmários* do TST mera jurisprudência ou seriam precedentes persuasivos?

Ousa-se apontá-los como mera jurisprudência. Explica-se.

Somente quando, por si só, um único julgamento é capaz de fundamentar diversas outras decisões, por ter o condão de, sem sombra de dúvidas, consubstanciar o entendimento da corte julgadora sobre a matéria apreciada, pode-se falar em precedente[50].

---

[46] Retrospectivo (tradução livre).
[47] Desde o início (tradução nossa).
[48] Prospectivo (traduzimos).
[49] Des de agora (tradução livre).
[50] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.636.

Lado outro, a fundamentação em jurisprudência exige do julgador a enumeração de diversos julgados, cujo conjunto (e apenas ele) eventualmente pode explicitar o entendimento do tribunal[51].

Por óbvio, um único julgado de turma não representa um consenso do tribunal. Vários julgamentos *turmários* talvez sim. Mas não há dúvidas de que uma única decisão do plenário é capaz de explicitar, evidentemente, o entendimento da corte sobre determinada matéria.

Não obstante, a nosso sentir, o julgamento do E-RR-252-19.2017.5.13.0002 pelo Pleno do TST em março de 2023 se traduz em *overruling* pela superação de entendimento jurisprudencial da corte por posterior precedente de natureza vinculante (art. 927, V, do CPC)

Em outros termos, superação de entendimento jurisprudencial por precedente posterior, e não de precedente anterior por outro.

Mas, ainda assim, não se nega a importância dessa guinada jurisprudencial ocorrida em março/2023, evidenciada, principalmente, por ter sido a mudança levada a efeito pela criação de inédito precedente vinculante (art. 927, V, do CPC), cuja força normativa somente pode ser afastada, como dito, por *distinguishing* ou *overruling*.

É dizer: ante a similitude entre os fatos em julgamento no caso concreto e aqueles que embasaram a *ratio decidendi* do precedente, juízes e desembargadores trabalhistas devem aplicar, obrigatoriamente, a referida decisão do Pleno do TST (órgão de cúpula da Justiça do Trabalho), haja vista a clara disposição do art. 927, V, do CPC.

E a *ratio* do aludido precedente determina a concessão de prerrogativas fazendárias à Ebserh na fase de execução, mormente o regime constitucional de precatórios (art. 100 da Constituição), como se pode constar, aliás, pela leitura dos seguintes trechos do voto condutor do acórdão:

> [...] **à sociedade de economia mista que executa sua atividade sem concorrência ou sem objetivo de distribuir lucros a seus acionistas, aplica-se o regime de precatório**. Na ADPF 387, julgada em 2017, em caso envolvendo a Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI), firmou-se a tese de que "**é aplicável o regime de**

[51] *Idem*

> **precatórios** **às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial**".
> E na ADPF 437, julgada em 2020, reafirmou-se a tese de que "somente as empresas públicas que exploram atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos moldes do art. 173, § 1º, II, da Lei Maior", não sendo esse o caso da Empresa de Assistência Técnica e Extensão do Ceará (EMATERCE), por desempenhar "atividade de Estado, em regime de exclusividade e sem finalidade de lucro, sendo inteiramente dependente do repasse de recursos públicos".
> Em linhas gerais, portanto, sob a ótica das decisões do STF, às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em regime de concorrência, com objetivo de lucro. Caso prestem serviço público, sem concorrência e sem finalidade de lucro, o regime não será (ao menos não integralmente) aquele próprio das empresas privadas devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios.
> [...]
> Nesse contexto, **constata-se que a embargada [Ebserh] tem finalidade de prestação de serviços públicos essenciais, ligados à saúde e à educação, não atua em regime de concorrência ampla e não reverte lucros à União**. Em face de tais características, faz jus às prerrogativas da Fazenda Pública [...], **sob a ótica das premissas que se extraem de decisões do Supremo Tribunal Federal já mencionadas**. (grifos nossos)

E ao se levar em conta a especial natureza das relações jurídicas processuais e respectivas repercussões (como explicado em tópico anterior), pode-se afirmar que a força vinculante desse precedente se aplica imediatamente às execuções em curso, sem

incidência do óbice da coisa julgada, ainda que haja decisão na fase de conhecimento contrária à concessão de prerrogativas de Fazenda à Ebserh.

Essa guinada jurisprudencial representa, portanto, *overruling* retrospectivo (com eficácia *ex tunc*), na exata medida que o entendimento por ela superado não pode continuar a ser imposto às relações jurídicas processuais iniciadas antes do mencionado julgamento do Pleno do TST.

E isso se demonstra, inclusive, por achados na jurisprudência trabalhista, como se passa a expor nos próximos tópicos.

5 DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA PERTINENTE À SOLUÇÃO DO PROBLEMA EM DEBATE

Nas execuções trabalhistas, em benefício, inclusive, da continuidade da prestação dos serviços públicos que oferta à sociedade, é imprescindível à Ebserh a concessão de prerrogativas de Fazenda Pública, notadamente o regime de precatórios (art. 100 da CF).

No entanto, constatada essa necessidade, questiona-se: o que fazer em relação aos processos trabalhistas nos quais, antes da orientação do Pleno do TST (julgamento do E-RR 0000252-19.2017.5.13.0002), a Empresa não foi equiparada à Fazenda Pública, especialmente na fase de conhecimento?

Sabe-se que é determinativa a decisão sobre o pleito de concessão de prerrogativas de Fazenda Pública em juízo, pois trata de relação jurídica processual, caracterizada, dentre outras coisas, pela autonomia e pelo dinamismo.

Não se confunde, por conseguinte, com a decisão que julga a relação jurídica material carreado no processo (autonomia). Lado outro, faz coisa julgada, porém sob a condição da cláusula *rebus sic standibus*, pois decide sobre relação jurídica de trato continuado (dinamismo).

Ou seja, alterado o estado fático ou jurídico, essa decisão (sobre a relação jurídica processual) pode ser revista de modo automático, mormente quando se leva em conta a teoria do isolamento dos atos processuais e o princípio *tempus regit actum* (art. 14 do CPC).

Dessarte, nesses casos, com fundamento na jurisprudência consolidada do STF e, principalmente, na recente orientação do Pleno do TST (art. 927 do CPC), mostra-se possível à Ebserh requerer o regime de precatórios na fase de execução, haja vista a alteração do

estado de direito promovida pela superveniência do precedente vinculante da corte superior trabalhista.

Outrossim, dados os limites objetivos e subjetivos da *res judicata* (a decisão é sobre a relação processual específica), o título judicial transitado em julgado que nega prerrogativas de Fazenda possui, indubitavelmente, efeitos endoprocessuais.

Logo, por exemplo, após março de 2023, se integrante do polo ativo de processo anterior (empregado ou sindicato) ajuizar outra demanda (com pleitos diversos) contra a Ebserh, não há dúvidas de que, no novo feito, devem ser concedidas prerrogativas fazendárias à estatal, com fundamento, inclusive, na superveniente orientação vinculante do Pleno do TST, independente de na ação anterior constar decisão transitada em julgado em sentido contrário. Na hipótese cogitada, por óbvio, a primeira relação jurídico processual não se confunde com a segunda.

Não obstante, mesmo com a compreensão da natureza e dos limites das decisões que negam prerrogativas de Fazenda Pública à Ebserh (especialmente antes de março/23 e em fase de conhecimento), cumpre perquirir o que a jurisprudência trabalhista possui em harmonia com a tese aqui defendida.

Para os fins dessa análise, pelo menos três circunstâncias em títulos executivos judiciais são vislumbradas: (1) ausência de pronunciamento sobre a matéria; (2) decisão de indeferimento restrita à análise de causa de pedir ou pedido não relacionado ao art. 100 da CF ou a outra prerrogativa fazendária própria da execução; e (3) indeferimento do regime de precatórios.

5.1 Ausência de provimento jurisdicional na fase de conhecimento sobre a extensão de prerrogativas de Fazenda Pública

Ante a ausência de provimento jurisdicional na fase conhecimento, não se cogita grandes dificuldades ao deferimento do regime de precatórios na execução, pois, de um lado, nem sequer cabe perquirir a formação de coisa julgada em sentido contrário e, de outro, trata-se de matéria de ordem pública e requerimento adequado ao momento processual em curso.

Nesse sentido, emblemático julgamento do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 4ª Região sobre o Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A.:

> PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. Tendo o executado arguido em momento oportuno as questões relativas à impenhorabilidade de bens e à execução por precatório ou RPV, não há se falar na preclusão de que trata o art. 879, § 2º, da CLT. Ademais, **a questão relativa aos privilégios da Fazenda Pública é matéria de ordem pública, o que possibilita sua apreciação nessa fase processual, inclusive *ex officio*, não ocorrendo preclusão e nem coisa julgada, em face do não enfrentamento da matéria na fase de conhecimento**. (TRT-4. AP n. 0052200-37.2008.5.04.0011, relator: JOSÉ CESÁRIO FIGUEIREDO TEIXEIRA, data de julgamento: 09/10/2012) (grifos nossos)

O citado julgamento do TRT da 4ª Região é de outubro de 2012. Apenas para rememorar: a decisão do STF que, para fins de imunidade tributária, equiparou o Hospital Nossa Senhora da Conceição à Fazenda Pública é de dezembro de 2010 (Tema n. 115 da Tabela de Repercussão Geral, *Leading Case*: RE 580264). Já o julgamento do Supremo que lhe reconheceu, de forma específica, o direito ao regime de precatório é de setembro de 2012 (ARE 698357 AgR).

Portanto, ausente decisão sobre prerrogativas de Fazenda na fase de conhecimento, não há obstáculos para que o pleito de execução por precatórios seja realizado na execução.

5.2 Decisão que indefere equiparação à Fazenda na fase de conhecimento, mas restrita à análise de causa de pedir ou pedido não relacionado ao art. 100 da CF ou a outra prerrogativa fazendária própria da execução

Ante decisão que, na fase de conhecimento, nega a equiparação à Fazenda Pública, porém ao analisar causa de pedir ou pedido diverso, nem sequer cabe cogitar o óbice da coisa julgada, haja vista a ausência de tríplice identidade (art. 337, § 2º, do CPC). Possível, portanto, o requerimento e a concessão do regime de precatórios em momento posterior.

A respeito, colhe-se da jurisprudência do TRT da 4ª Região mais um julgamento sobre o caso do Hospital Nossa Senhora da Conceição:

> AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXEQUENTE. IMPENHORABILIDADE. HOSPITAL CONCEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. Esta Seção Especializada em Execução tem entendimento no sentido de serem aplicáveis ao Grupo Hospitalar Conceição os mesmos benefícios concedidos à Fazenda Pública, em especial a impenhorabilidade de bens e necessidade de expedição de precatório/RPV, na forma da Orientação Jurisprudencial nº 02 desta SEEX. **Inexistência de coisa julgada quanto à impenhorabilidade e à execução por precatório, em face dos termos da sentença de conhecimento**. (TRT-4. AP n. 0070300-86.2008.5.04.0028, Seção Especializada em Execução, data de publicação: 03/03/2015) (grifos nossos)

Para uma melhor compreensão, cumpre transcrever trechos do voto condutor do aludido acórdão:

> Na hipótese dos autos, argúi a exequente a existência de coisa julgada quanto à impenhorabilidade e à execução por precatório, em face do indeferimento contido na sentença de conhecimento e na inexistência de recurso no particular.
> A decisão analisou a matéria nos seguintes termos:
> "Prerrogativas da Fazenda Pública
> Sustenta o reclamado que deverá gozar dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, devendo ser aplicada a execução nos termos do art. 100 da CF e artigos 730 e 731 do CPC, com formação de precatório para inclusão dos créditos no orçamento da União e, ainda, as prerrogativas do Decreto-Lei 779/69, tais como a inexigibilidade de depósito recursal. Requer

sejam computados juros de mora com a limitação ao patamar de 6% ao ano, a partir de setembro/2001, por imposição do art. 1º-F da Lei 9.494/97.

No que se refere à aplicação das prerrogativas e privilégios conferidos à Fazenda Pública, não há como dar razão ao reclamado. Pelo que consta dos autos, o réu é sociedade anônima, sujeitando-se, portanto, ao mesmo regime das empresas privadas. Assim, embora haja capital público, o réu se iguala às empresas privadas, não se aplicando o disposto no Decreto-lei nº 779/69, dada a sua condição de sociedade anônima, não havendo falar em privilégios da Fazenda Pública.

Indefiro, no particular" (fl. 183, grifo original).

Nos termos em que proferida a decisão acima transcrita, a qual restringiu-se a apreciar os privilégios invocados pelo executado sob a ótica do Decreto-Lei nº 779/69, não se considerada esteja a questão objeto do agravo abrigada pelo manto da coisa julgada. Note-se que, embora a arguição do demandado fosse também pela impenhorabilidade de seus bens, **a sentença limitou-se a examinar e indeferir a aplicabilidade das prerrogativas processuais previstas no Decreto-Lei nº 779/69 (dentre as quais, gize-se, não se encontra a impenhorabilidade ou a execução por precatório), inexistindo manifestação expressa do Juízo a respeito da matéria ora debatida ou sequer referência, nos fundamentos da decisão, aos artigos 100 da Constituição Federal ou aos artigos 730 e 731 do CPC**.

Não tendo sido oportunamente opostos embargos declaratórios, e nem versando o recurso ordinário sobre o aspecto, não há como entender que haja determinação explícita no título executivo contrária à execução mediante precatório ou RPV. (grifos nossos)

No caso, a decisão que indeferiu prerrogativas fazendárias na fase de conhecimento tratou do Decreto-Lei n. 779/1969, mas não se manifestou sobre o art. 100 da CF.

Assim, na execução, viabilizou-se o requerimento do regime de precatórios (art. 100 da CF), por se tratar de matéria não enfrentada no título executivo judicial, de modo a repelir o argumento do óbice da coisa julgada.

Em outros termos, a causa de pedir ou o pedido não analisado no provimento *citra* ou *infra petita* não inviabiliza novo requerimento em momento futuro por uma razão óbvia: no ponto omisso, trata-se de uma não-decisão. Incabível cogitar trânsito em julgado desse modo.

Sobre sentença *citra petita*, colhe-se da doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves[52]:

> Na ausência de decisão sobre pedido expressamente formulado pelo autor, cria-se uma ficção jurídica de que o autor nunca fez tal pedido, de forma que será lícita a propositura de nova demanda vinculando o pedido não analisado. Como somente o dispositivo faz coisa julgada material e o pedido não resolvido naturalmente não estará no dispositivo, nada obsta a propositura da nova demanda. O mesmo raciocínio pode ser aplicado à causa de pedir, afirmando-se, por ficção jurídica, que a causa de pedir não enfrentada e decidida é como causa de pedir não elaborada, permitindo-se ao autor a propositura de nova demanda vinculando a causa de pedir que foi objeto de omissão judicial.

A nosso sentir, a mesma lógica se aplica para o caso de decisões que, antes da execução, indeferem prerrogativas fazendárias próprias da fase de conhecimento (como, *v. g.*, dispensa da realização de preparo recursal) com base na ausência de previsão legal, na jurisprudência trabalhista dominante à época, entre outros fundamentos estranhos ao pedido de concessão do regime de precatórios (art.

[52] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.636.

100/CF), pois este é lastreado, primeiro, na jurisprudência do STF sobre estatais prestadoras de serviços e, depois, na recente guinada jurisprudencial do TST sobre a Ebserh, levada a efeito em observância ao então consolidado entendimento do Supremo sobre a matéria.

Com efeito, inexiste óbice da coisa julgada ante decisão da fase de conhecimento que, por exemplo, indefere as prerrogativas do Decreto-Lei n. 779/1969, se, com lastro nos diversos julgamentos do STF e na recente orientação do Pleno do TST, a Ebserh pede o prosseguimento da execução pelo regime de precatórios (art. 100 da CF) **[pedido]**, por ser prestadora de serviços públicos típicos, sem finalidade lucrativa e de natureza não concorrencial **[causa de pedir fática]**, bem como em face dos preceitos da legalidade orçamentária (art. 167 da CF), separação funcional dos poderes (art. 2º da CF), continuidade da prestação dos serviços públicos (art. 175 da CF), entre outros fundamentos constitucionais encontrados nos precedentes do Supremo **[causa de pedir jurídica]**.

5.3 Decisão que, na fase de conhecimento, indefere o regime de precatórios ou outra prerrogativa fazendária própria da execução

No sentido de que a decisão que indefere regime de precatórios na fase de conhecimento pode ser revista ante mudança substancial no estado de direito, colhe-se da jurisprudência do TRT da 20ª Região:

> AGRAVO DE PETIÇÃO. DESO. REGIME DE PRECATÓRIO/RPV. REFORMA DA DECISÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. **Considerando a Decisão proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal em 20/12/2019, proferida nos Autos da Reclamação Constitucional nº 38.646, restou decidido que à Companhia de Saneamento de Sergipe - DESO se aplica o regime constitucional de precatório**, posto que sua atividade é voltada à atuação própria do Estado, de natureza não concorrencial, motivo pelo qual é de se reformar a Decisão de Embargos à Execução **para que seja observada, na execução do saldo remanescente, a submissão da DESO ao regime de Precatório/R**PV. **Trata-se de matéria de**

> **ordem pública, de modo que não há falar em coisa julgada, e nem preclusão decorrente de Decisões anteriormente proferidas**. Agravo de Petição a que se dá provimento.
> (TRT-20, AP 0000936-44.2016.5.20.0014, relator: JOSENILDO DOS SANTOS CARVALHO, data de publicação: 01/04/2022) (grifos nossos)

Nesse caso, são esclarecedores os seguintes trechos do voto do desembargador do trabalho Josenildo dos Santos Carvalho:

> *In casu*, verifica-se que, em Decisão proferida anteriormente ao julgamento da Reclamação Constitucional nº 38.646 pelo STF (Acórdão de ID 6583181), a 1ª Turma deste Regional não reconheceu a aplicação do regime de Precatório/RPV e, conforme se extrai da documentação de ID c9e2d38, houve pagamento parcial do crédito mediante liberação do depósito recursal recolhido nos presentes Autos.
> Registre-se que tal liberação parcial do crédito em favor do Exequente constitui ato jurídico perfeito plenamente válido, não havendo falar em qualquer nulidade quanto ao respectivo pagamento.
> **Já no que concerne à Execução do saldo remanescente, sobrevindo a Decisão proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal nos Autos da Reclamação Constitucional nº 38.646, é de se determinar que o seu prosseguimento observe o regime de Precatório/RPV, nos termos do artigo 100, da CF/88**, razão pela qual se determina o desbloqueio do numerário objeto de constrição no ID 9bb265d.
> **Trata-se de matéria de ordem pública, de modo que não há falar em coisa julgada e nem preclusão decorrente das Decisões anteriormente proferidas no âmbito desta Reclamação**. (grifos nossos)

Adequa-se a aludida decisão à natureza continuativa da relação jurídica processual (submetida, portanto, à cláusula *rebus sic standibus*), bem como à teoria do isolamento dos atos processuais e ao princípio *tempus regit actum* (art. 14 do CPC).

Anote-se que, no caso acima, a mudança no estado de direito foi promovida por julgamento de reclamação constitucional pelo STF (Rcl 38646), precedente, portanto, não vinculante à luz do art. 927 do CPC.

Em sentido semelhante, mas ao tratar do caso de empresa pública transformada em autarquia ("autarquização") e dos juros de mora incidentes sobre as dívidas da aludida entidade, também ao afastar o óbice da coisa julgada pela imediata prevalência de norma de ordem pública, já se pronunciou o TRT da 6ª Região:

> JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. COISA JULGADA INEXISTENTE. Tratando-se a questão de norma de ordem pública, a sua aplicação deve ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição. Logo, escorreito o julgado ao determinar a aplicação dos juros de mora no percentual de 1% ao mês até a data da transformação da executada em autarquia (01/01/2017) e após essa data, utilizam-se os juros aplicados à Fazenda Pública (art. 1-F da Lei nº 9.494/1997 e Orientação Jurisprudencial nº 7 do Tribunal Pleno do TST). Agravo de Petição do exequente improvido no tema. (Processo: AP - 0001382-43.2011.5.06.0004, Redator: Carmen Lucia Vieira do Nascimento, Data de julgamento: 27/05/2021, Terceira Turma, Data da assinatura: 27/05/2021)

Esclarecedores os apontamentos abaixo, constantes do voto condutor do mencionado acórdão:

> **Com efeito, não há que se falar em violação a coisa julgada, como alegado pelo agravante, já que , no caso concreto, a sentença de mérito de primeiro grau foi proferida em 18/06/2012, quando ainda não**

> **havia sido editada a Lei que alterou a estrutura jurídica da executada EMLURB , em autarquia.**
> **Porquanto, embora o título judicial executivo não determine a observância do índice previsto no artigo 1º-F, da Lei nº 9.949/97, para fins de apuração do ágio devido pelo Erário (ID. 9736878), o critério de cálculo consiste em matéria de ordem pública, não atingida pela preclusão**.
> Nesse contexto, resta incabível, na atualização do débito exequendo, a incidência de juros de mora, no percentual de 1% ao mês, após a mudança na estrutura jurídica da EMLURB, de empresa pública para autarquia, consolidada com a vigência da Lei nº 18.291/2016, em 01.01.2017. No entanto, o citado marco temporal deve ser respeitado na adequação do parâmetro à limitação legal, uma vez que a demandada só goza do privilégio, a contar da data, como acertadamente restou definido no julgado. (grifos nossos)

E essa decisão do regional trabalhista foi confirmada por recente julgamento da 3ª Turma do TST. Vejamos:

> [...] EXECUÇÃO. TRANSFORMAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA EM AUTARQUIA. JUROS DE MORA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. Não merece provimento o agravo em que a parte não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática, pela qual se negou provimento ao agravo de instrumento, com base na aplicação da jurisprudência consolidada nesta Corte, consubstanciada nos precedentes mencionados na decisão atacada, **nos quais se expõe a tese de que aplicável à hipótese a incidência de juros de mora de 0,5% ao mês, na forma do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, após a transformação da executada em autarquia, uma vez que deixou de ser pessoa jurídica de direito privado, sem**

> **que isso implique desrespeito à coisa julgada**. Agravo desprovido" (Ag-AIRR-1382-43.2011.5.06.0004, 3ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 30/06/2023). (grifos nossos)

Quanto ao citado acórdão, lê-se no voto condutor do ilustre ministro do TST Jose Riberto Freire Pimenta:

> **No caso, o Ministro Relator registrou, na sua decisão, que "na situação dos autos, <u>não se caracteriza a pretensa afronta ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República</u>, pois aplicável à hipótese a incidência de juros de mora de 0,5% ao mês, na forma do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, após a transformação da executada em autarquia, uma vez que deixou de ser pessoa jurídica de direito privado**".
> Portanto, a decisão regional foi proferida em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, consubstanciada nos precedentes mencionados na decisão atacada, nos quais se expõe a tese de que a empresa pública posteriormente transformada em autarquia somente é beneficiária da prerrogativa inserta no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 quanto ao período posterior a sua autarquização.
> **Além disso, ainda que exista disposição constitucional de garantia à coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI), a jurisprudência trabalhista reconhece que a menção em decisão proferida na fase de conhecimento sobre os critérios de aplicação dos juros de mora possui caráter meramente declaratório, e, como tal, não transita em julgado**.
> Nesse contexto, **tem-se que <u>a aplicação dos juros de mora constitui matéria de ordem pública, a ser definida estritamente na fase de execução</u>**.
> "RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA

> VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO. JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. CRÉDITOS TRABALHISTAS. ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. COISA JULGADA. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o fato de a sentença não ter aplicado a MP nº 2.180-35, em vigor desde 24/08/2001, implica ofensa ao artigo 5°, II, da Constituição Federal, porque a matéria pertinente à definição do percentual de juros a ser aplicado é própria da execução e, ainda que tenha o magistrado mencionado na sentença de conhecimento, fê-lo a título de declaração e, como tal, não transita em julgado. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-648-47.2012.5.08.0119, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 04/05/2015). (grifos nossos)

Ou seja, para o TRT da 6ª Região e o TST, a superveniência de lei que transformou a estatal em autarquia (norma de ordem pública), tem o condão de alterar, na execução, os juros moratórios estabelecidos por título judicial transitado em julgado.

Com mais razão ainda, deve-se aplicar esse entendimento para a concessão da prerrogativa processual do regime de precatórios, pois também se trata de matéria de ordem pública.

6 CONCLUSÃO

É inegável que a Ebserh tem direito ao regime de precatórios nas execuções trabalhistas, pois preenche todos os requisitos necessários para ser contemplada pela referida prerrogativa, haja vista a jurisprudência consolidada do STF e, mais recentemente, a orientação do Pleno do TST.

E deve ser assim mesmo nos casos em que o título executivo judicial não reconhece tal prerrogativa à Empresa, ao se considerar a autonomia e a natureza continuativa da relação processual (submetida, portanto, à cláusula *rebus sic standibus*).

Nesses casos, descabida a alegação de coisa julgada para não conceder a prerrogativa fazendária, mormente quando o título nem sequer trata da causa de pedir e do pedido de concessão do regime de

precatórios (ausência de tríplice identidade, *ex vi*[53] disposição do art. 337, § 2º, do CPC).

Aliás, com amparo na teria do isolamento dos atos processuais e no princípio *tempus regit actum* (art. 14 do CPC), a modificação no estado de direito (orientação dada por precedente vinculante oriundo do Pleno do TST), por si só, já seria suficiente para autorizar o regime de precatórios nessas circunstâncias, por ser essa prerrogativa constitucional (art. 100/CF), inclusive, matéria de ordem pública, consoante a jurisprudência trabalhista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 55, p. 1-166, 17 mar. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.. Diário Oficial da União. Brasília, 09 ago. 1943.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região. Acórdão. Agravo de Petição n.º 0052200-37.2008.5.04.0011, Seção especializada em Execução, Relator: José Cesário Figueiredo Teixeira, Data de publicação: 09/10/2012, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, RS, 09/10/2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região. Acórdão. Agravo de Petição n.º 0070300-86.2008.5.04.0028, Seção especializada em Execução, Relator: Ricardo Carvalho Fraga, Data de publicação: 18/09/2018, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, RS, 18/09/2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 06ª Região. Acórdão. Agravo de Petição n.º 0001382-43.2011.5.06.0004, 3ª Turma, Redator:

[53] Consoante o disposto, pela força (tradução nossa).

Carmen Lucia Vieira do Nascimento, Data de julgamento: 27/05/2021, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Recife, PE, 27/05/2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Súmula n.º 41. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Paraíba, PB, 25/08/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Acórdão. Agravo de Petição n.º 0000936-44.2016.5.20.0014, 1ª Turma, Relator: Josenildo dos Santos Carvalho, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Aracaju, SE, 01/04/2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Acórdão. Agravo Regimental n.º 0000264-50.2023.5.23.0000. Relator: Desembargador ELINEY BEZERRA VELOSO. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Cuiabá, MT, 19 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Agravo no Recurso de Revista com Agravo n.º 20176-02.2019.5.04.0841. Relator: Ministro Breno Medeiros. Brasília, DF, 18 de maio de 2022. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 20 maio 2022

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 1382-43.2011.5.06.0004. Relator: Ministro Jose Roberto Freire Pimenta. Brasília, DF, 28 de junho de 2023. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 30 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargo em Recurso de Revista n.º 252-19.2017.5.13.0002, Tribunal Pleno. Relator: Katia Magalhaes Arruda, Data de julgamento: 20/03/2023, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, 16/05/2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Recurso de Revista n.º 648-47.2012.5.08.0119, 7ª Turma. Relator: Ministro Claudio Mascarenhas Brandao. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, 04/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 387. Relator: MIN.

GILMAR MENDES. Brasília, DF, 23 de março de 2017. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 25 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 437. Relator: MIN. ROSA WEBER. Brasília, DF, 16 de setembro de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 05 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário n.º 580264. Relator: MIN. AYRES BRITTO. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2010. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 06 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 698357. Relator: MIN. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, DF, 18 de setembro de 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 04 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Reclamação Constitucional n.º 38646. Relator: MIN. CELSO DE MELLO. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 03 fev. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

DIDIER Jr, Fredie Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 5.ed. n.p

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: tutela de direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil um diálogo entre mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni, Revista de Processo. vol. 199. p. 83. Set/2011

MITIDIERO, Daniel. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação Revista de Processo, vol. 217, p. 401, Mar / 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano e CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do distinguishing no Brasil. Revista Libertas, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil , volume II. São Paulo: Saraiva, 2012.n.p

REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. Revista de Processo, vol. 217. p. 401. Mar/2013

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo. vol. 199. p. 139. Set/2011

ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa Julgada em Matéria Constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos / (organizado pelo) Gabinete do Ministro-Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2005.

Revista impressa:
Impressão realizada na RB Flexo Ltda.
Capa: Couchê Fosco 230g/m² com laminação fosca
Miolo: Papel Offset 75 g/m²
Tiragem: 300 cópias

Edição digital:
Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/ensino-e-pesquisa/revista-juridica-da-ebserh
Acesso ilimitado

COMISSÃO EDITORIAL

Thiago Lopes Cardoso Campos (Presidente)

Cristine Heloisa de Miranda

Larissa Lôbo Ramos

Leticia Horbach Gonçalves

Marcela Jácome Lopes Boaz

Pollyana da Silva Alcântara

Ensino, pesquisa, inovação e saúde: Desafios jurídicos da Ebserh

A Revista Jurídica da Ebserh é um projeto da Consultoria Jurídica que busca aprofundar a discussão sobre temas jurídicos relevantes para a Ebserh e para o Direito Sanitário brasileiro.

Destinada a profissionais da Ebserh, acadêmicos, gestores de saúde, entre outros, a Revista recebe artigos científicos e de opinião e incentiva a publicação de estudos de casos e pareceres jurídicos emitidos no âmbito da Ebserh, bem como de publicações de autores externos que discutam temas de interesse da Empresa.

Sua publicação é semestral e garante acesso aberto e gratuito. Mantém padrões éticos e de qualidade, priorizando transparência, inovação e respeito autoral.

Este número inaugural tem como tema "O processo histórico de criação da Ebserh: motivações e estratégias", focando na trajetória e nos desafios enfrentados pela empresa desde sua concepção, destacando sua importância histórica e seu impacto no Direito Sanitário no Brasil.

SUS EBSERH HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
GOVERNO FEDERAL BRASIL UNIÃO E RECONSTRUÇÃO