



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 10409 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.895

REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDA: PRESIDENTA DA REPÚBLICA
REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL
RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 1º a 17 da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011. Autoriza a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). Mérito. Reiteração dos argumentos da inicial. Acréscimo: violação ao princípio da autonomia universitária (art. 207, CF). Desdobramentos concretos da implementação da EBSERH. Interferência externa e indevida na formulação e exercício das atividades de ensino, pesquisa e extensão nos hospitais universitários. Parecer pela procedência do pedido.

1. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face dos artigos 1º a 17 da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, que autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH).

2. O requerente sustenta que as normas impugnadas incidem em inconstitucionalidade por violação aos artigos 37, *caput*, II e XIX; 39; 173, §1º; 198; e 207, todos da Constituição da República.
3. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99.
4. A Presidenta da República veio pela constitucionalidade da lei impugnada, ressaltando a importância da EBSEH na reorganização dos hospitais universitários, de modo a lhes conferir eficiência administrativa.
5. A AGU defende a constitucionalidade das normas impugnadas. Entende que a Constituição Federal (art. 37, XIX) não exige lei complementar prévia para definir as áreas de atuação das empresas públicas. Defende a possibilidade de a empresa pública, que tem natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado, adotar o regime celetista de contratação, não lhe sendo aplicáveis as regras do art. 39 da CF.
6. Quanto ao princípio da autonomia universitária, a AGU afirma que *“ao autorizar a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares com a finalidade de prestação de serviços de assistência médico-hospitalar e laboratorial inseridas integralmente no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como de prestação, às instituições federais de ensino ou instituições congêneres, de serviços de apoio ao ensino e à pesquisa, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, o ato normativo impugnado não feriu o artigo 207 da Constituição Federal”*.
7. É o relatório.
8. De início, reporta-se às razões deduzidas na inicial, no sentido da procedência do pedido.



9. À vista dos memoriais apresentados pelo ANDES-SN, FASUBRA e FENASPS, que figuram nos autos como *amici curiae*, e tendo em conta que, no controle abstrato de constitucionalidade a causa de pedir é aberta, passa-se a agregar novos elementos argumentativos aos apresentados na inicial, para que sejam considerados no julgamento (ADI MC 1.358¹ e ADI 3.576²).

11. Nesse sentido, uma breve reflexão sobre a incidência, no caso em questão, do princípio constitucional da autonomia universitária (art. 207, CF³).

12. As universidades possuem aspectos peculiares que as distinguem enquanto instituições sociais de construção e difusão do conhecimento. Suas origens históricas precedem a própria noção moderna de Estado, o que salienta uma dinâmica própria de estruturação, organização e funcionamento.

13. Como afirma Tomás-Ramón Fernández:

“Na Universidade ensina-se e pesquisa-se, e para o ensino e a pesquisa, que são a razão de ser deste peculiar serviço público, a liberdade é rigorosamente essencial. O específico da Universidade, e o que a distingue e diferencia das demais instituições integrantes do sistema educativo, é que nela se faz ciência, boa ou má, de um país, onde se produz, conseqüentemente, esse *corpus* científico em perpétuo *fieri* que as demais instituições se limitam a transmitir e propagar de acordo com as orientações que os responsáveis do sistema lecionam”⁴.

1 Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 26-04-1996.

2 Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 02-02-2007.

3 Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º. É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)

§ 2º. O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)

4 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *La autonomía universitaria: ámbito y límites*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1982, p. 49. *Apud* TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 196. No original: “*En la Universidad se enseña y*

14. A Constituição Federal de 1988 considera a relevância desses elementos a tal ponto que assegura às universidades públicas (federais, estaduais e municipais), mesmo enquanto integrantes da Administração Pública, uma margem de autonomia de fins e meios no seu funcionamento, de modo que produzam e difundam o conhecimento livremente, sem interferências hierárquicas de órgãos superiores do Poder Público.

15. Daí o *caput* do seu art. 207 garantir a autonomia em seus prismas didático-científico, administrativo e de gestão financeira e patrimonial, envolvendo o primeiro suas atividades-fim e os demais, suas atividades-meio.

16. Como sintetiza João Mendes de Almeida Jr.⁵, autonomia universitária é *“direção própria daquilo que é próprio”*. Por seu turno, André Ramos Tavares⁶ aduz que *“A autonomia implica a impossibilidade de ingerência em todos aqueles assuntos que digam respeito à consecução das finalidades universitárias fundamentais. Deve ser respeitada, tanto pelo legislador, quanto pelo administrador, a esfera de atuação livre dentro da qual se insere a universidade”*.

17. Com isso não se pode sustentar que as universidades são imunes a qualquer tipo de disciplina normativa dos três poderes da República.

se investiga y para la enseñanza y la investigación, que son la razón de ser de este peculiar servicio público, la libertad es rigurosamente esencial. Lo específico de la Universidad, y lo que la distingue y diferencia de las demás instituciones integrantes del sistema educativo, es que en ella es donde se hace Ciencia, buena o mala, de un País, donde se produce, en consecuencia, esse corpus científico em perpetuo fieri que las restantes instituciones se limitan a transmitir y propagar de acuerdo con las orientaciones que los responsables del sistema imparten”.

⁵ *Autonomia universitária*. São Paulo: EDUSP, 1994, p. 15.

⁶ Desdobramentos da norma constitucional da autonomia universitária. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 32, ano 8, jul/set, 2000, p. 197. No mesmo sentido: BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Autonomia universitária: investigações dogmáticas sobre a constitucionalização de um princípio*. In: GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 57-73.

Elas estão submetidas à Constituição Federal e às normas gerais do serviço público elaboradas pelo Legislativo e aplicadas pelo Executivo.⁷

18. Nos poucos julgados que produziu apreciando o tema, o STF reconheceu o caráter restrito do princípio da autonomia universitária, no sentido de que “(...) *não significa soberania das universidades, devendo estas se submeter às leis e demais atos normativos*” (AI 647482 AgR/RJ⁸) e “(...) *não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição*” (ADI 1.599⁹).

19. A lei impugnada institui uma empresa pública com personalidade jurídica distinta das universidades federais (autarquias) e lhe atribui a incumbência de ordenar a administração de seus órgãos de ensino, pesquisa e extensão na área de saúde (hospitais universitários).

20. Desse modo, atinge-se as duas dimensões da autonomia das universidades: as das atividades-meio e atividades-fim.

21. No que tange à primeira, assim afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁰:

“Consiste a autonomia administrativa universitária no poder de autodeterminação e autonormação relativos à organização e funcionamento de seus serviços e patrimônio próprios, inclusive no que diz respeito ao pessoal que deva prestá-los e à prática de todos os atos de natureza administrativa inerentes a tais atribuições e necessários à sua própria vida e desenvolvimento. Tais poderes deverão ser exercidos *sem ingerência de poderes estranhos* à universidade ou *subordinação hierárquica* a

7 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 560-563.

8 Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJe-061, 31-03-2011.

9 ADI 1.599 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18-05-2001. No mesmo sentido: ADI 51, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 17-09-1993.

10 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A autonomia universitária na Constituição de 05.10.1988. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, nº 215, jan/mar, 1999, p. 117-142.

outros entes políticos ou administrativos. Consiste, pois, na *autonomia de meios* para que a universidade possa cumprir sua *autonomia de fins*.” (grifos no original)

22. Pode até ser nobre, como alegado pela AGU, a finalidade da Lei nº 12.550/01 ao criar a ESBERH, mas promove uma restrição legal-administrativa à organização e funcionamento das universidades públicas que só caberia à Constituição fazer. Como argumentado na inicial, o legislador ordinário permite interferências descabidas e anacrônicas de uma empresa pública, através de seus empregados públicos, sobre a estruturação de autarquias e a atuação administrativa de seus servidores públicos.

23. Ou seja, criou-se um híbrido funcional, sem qualquer sentido, em que técnicos administrativos poderão se sobrepor a acadêmicos altamente titulados no exercício de um mister que envolve preponderantemente atividades de ensino: estruturação, funcionamento e administração de hospitais universitários.

24. Consequentemente, a Lei nº 12.550/01 atinge em cheio as atividades-fim das universidades federais (ensino-pesquisa-extensão – art. 207, *caput*, da CF) ao permitir que a administração de seus hospitais universitários seja conferida à ESBERH.

25. Diferentemente da abordagem da AGU, que explorou apenas o campo normativo, considera-se que o tema merece ser enfrentado com um olhar voltado à realidade, que proporciona a devida compreensão do alcance da norma e dos efeitos nocivos por ela produzidos.

26. A metodologia concretista da Constituição, desenvolvida por autores como Konrad Hesse e Friedrich Müller¹¹, fornece técnicas de interpretação para dar conta das recentes e constantes inovações sociais. Com

¹¹ Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991; e MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

fundamento no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, mostra-se necessário agregar novos patamares aos canônicos planos de análise das normas jurídicas (existência, validade e eficácia). Propõe-se, assim, um deslocamento do eixo da discussão normativa do plano da eficácia para o da efetividade e, conseqüentemente, da eficiência¹².

27. Na atualidade, não basta que uma norma jurídica, principalmente a constitucional, tenha aptidão para produzir efeitos (eficácia), pois nada garante que estes serão, necessariamente, produzidos no mundo fático. Isso em razão de uma série de fatores (econômicos, políticos, culturais etc.). Portanto, uma vez assentada essa possibilidade de geração de efeitos, é preciso vislumbrar em que medida e qual a melhor forma para que uma norma de eficácia plena possa ser concretizada no plano do real. Para tanto, deve-se pensar nos seus atores e instrumentos de implementação.

28. No caso em questão, é possível afirmar que, na prática, a atuação da EBSEH avoca a administração dos hospitais universitários, interferindo diretamente no perfil dos cursos de medicina e no direcionamento das suas atividades de ensino, pesquisa e extensão.

29. Embora prestem serviços de saúde à população, os hospitais universitários têm por função primordial o ensino da prática da medicina aos estudantes universitários em formação e aos médicos residentes recém-formados. Embora indissociáveis, as atividades de ensino devem preceder às de saúde, pois aquelas determinarão os rumos destas de acordo com as diretrizes epistêmicas e curriculares adotadas por cada Faculdade de Medicina.

12 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. "O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

30. Os hospitais universitários funcionam como uma espécie de laboratório acadêmico – similar aos escritórios modelo nas Faculdades de Direito –, no qual os estudantes têm um primeiro contato, monitorado por seus professores, com o exercício prático da futura profissão através da aplicação de métodos e técnicas ensinados em sala de aula.

31. Transferindo-se a gestão das mãos dos acadêmicos de medicina para os técnicos administrativos celetistas da ESBERH, a tendência é que as práticas dos HUs sofram uma guinada em sua finalidade, criando-se um descompasso entre o ensino teórico e as pesquisas práticas da medicina. Nesse sentido entende o Prof. Dr. Eduardo Côrtes, da Faculdade de Medicina da UFRJ:

“(...) a política de gestão adotada no hospital de ensino interfere, direta e sensivelmente, no *currículum* do curso de medicina, podendo em curto espaço de tempo subverter a grade curricular das respectivas Faculdades, o que certamente provocará reações das comunidades científica e acadêmica, além dos prejuízos irreparáveis que isso pode acarretar à população. Expõe o risco que seria transformar os HUs em unidades financiadas, em boa medida, pelos recursos do Ministério da Saúde vinculados ao SUS, pois isso pressupõe, ao fim e ao cabo, transferir para os Municípios os rumos dos hospitais de ensino, em especial no que se refere à definição do número de leitos dos hospitais, (...)”¹³.

32. Portanto, revela-se insuficiente a argumentação que afasta a inconstitucionalidade da interferência da ESBERH nas universidades federais, por ser facultativa a sua contratação por cada Instituição Federal de Ensino Superior. No plano concreto, há diversos fatores reais de poder que certamente vão induzir a contratação da ESBERH, e muitas vezes fogem dos parâmetros de moralidade e eficiência preconizados pela Constituição Federal

13 AMPASA – Associação do Ministério Público de Defesa da Saúde. Petição de *amicus curiae*, p. 11.

(art. 37, *caput*), notadamente quando consideradas as relações políticas e ideológicas das partes contratante e contratada.

33. Por isso, registra-se o alerta do já mencionado Prof. Dr. Eduardo Côrtes, que conhece por dentro a realidade cotidiana do Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, da UFRJ, um dos maiores hospitais universitários do país:

“É uma temeridade e um desserviço para o país retirar das universidades a competência plena para gerir e definir, de forma autônoma, o *curriculum* dos cursos de medicina e demais áreas de saúde, o que pode ser consideravelmente subvertido, inclusive a partir de práticas veladas e oportunistas de intervenção política, a depender da gestão que for implantada nos 45 hospitais-escola, que a Lei nº 12.550, de 2011, retira das universidades autárquicas e transfere para a competência da ESBERH, empresa pública com personalidade jurídica própria e igualmente autônoma para definir e conduzir a gestão dos HUs”¹⁴.

Ante o exposto, o parecer é pela procedência do pedido.

Brasília, 22 de maio de 2013.


DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:


ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EB

¹⁴ *Idem, ibidem.*