



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

***EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL***

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”, e 103, VI, da Constituição Federal, e nos dispositivos da Lei nº 9.868/99, vem propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, com pedido de medida cautelar, contra os artigos 1º a 17 da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'MP'.

2. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública unipessoal, na forma definida no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei no 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 5º do Decreto-Lei no 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Educação, com prazo de duração indeterminado.

§ 1º. A EBSEH terá sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e poderá manter escritórios, representações, dependências e filiais em outras unidades da Federação.

§ 2º. Fica a EBSEH autorizada a criar subsidiárias para o desenvolvimento de atividades inerentes ao seu objeto social, com as mesmas características estabelecidas no *caput* deste artigo, aplicando-se a essas subsidiárias o disposto nos arts. 2º a 8, no *caput* e nos §§ 1º, 4º e 5º do art. 9º e, ainda, nos arts. 10 a 15 desta Lei.

Art. 2º. A EBSEH terá seu capital social integralmente sob a propriedade da União.

Parágrafo único. A integralização do capital social será realizada com recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União, bem como pela incorporação de qualquer espécie de bens e direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Art. 3º. A EBSEH terá por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária.

§ 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.

§ 2º. No desenvolvimento de suas atividades de assistência à saúde, a EBSEERH observará as orientações da Política Nacional de Saúde, de responsabilidade do Ministério da Saúde.

§ 3º. É assegurado à EBSEERH o ressarcimento das despesas com o atendimento de consumidores e respectivos dependentes de planos privados de assistência à saúde, na forma estabelecida pelo art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, observados os valores de referência estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Art. 4º. Compete à EBSEERH:

I - administrar unidades hospitalares, bem como prestar serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, no âmbito do SUS;

II - prestar às instituições federais de ensino superior e a outras 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, mediante as condições que forem fixadas em seu estatuto social;

III - apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa de instituições federais de ensino superior e de outras instituições congêneres, cuja vinculação com o campo da saúde pública ou com outros aspectos da sua atividade torne necessária essa cooperação, em especial na implementação das residências médica, multiprofissional e em área profissional da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS;

IV - prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas nos hospitais universitários federais e a outras instituições congêneres;

V - prestar serviços de apoio ao processo de gestão dos hospitais universitários e federais e a outras instituições congêneres, com implementação de sistema de gestão único com geração de indicadores quantitativos e qualitativos para o estabelecimento de metas; e

20 -

VI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades, nos termos do seu estatuto social.

Art. 5º. É dispensada a licitação para a contratação da EBSEH pela administração pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto social.

Art. 6º. A EBSEH, respeitado o princípio da autonomia universitária, poderá prestar os serviços relacionados às suas competências mediante contrato com as instituições federais de ensino ou instituições congêneres.

§ 1º. O contrato de que trata o *caput* estabelecerá, entre outras:

I - as obrigações dos signatários;

II - as metas de desempenho, indicadores e prazos de execução a serem observados pelas partes;

III - a respectiva sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios e parâmetros a serem aplicados; e

IV - a previsão de que a avaliação de resultados obtidos, no cumprimento de metas de desempenho e observância de prazos pelas unidades da EBSEH, será usada para o aprimoramento de pessoal e melhorias estratégicas na atuação perante a população e as instituições federais de ensino ou instituições congêneres, visando ao melhor aproveitamento dos recursos destinados à EBSEH.

§ 2º. Ao contrato firmado será dada ampla divulgação por intermédio dos sítios da EBSEH e da entidade contratante na internet.

§ 3º. Consideram-se instituições congêneres, para efeitos desta Lei, as instituições públicas que desenvolvam atividades de ensino e de pesquisa na área da saúde e que prestem serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Art. 7º. No âmbito dos contratos previstos no art. 6º, os servidores titulares de cargo efetivo em exercício na instituição federal de ensino ou instituição congênera que exerçam atividades relacionadas ao objeto da EBSEH poderão ser a ela cedidos para a realização de atividades de assistência à saúde e administrativas.

100

§ 1º. Ficam assegurados aos servidores referidos no *caput* os direitos e as vantagens a que fazem jus no órgão ou entidade de origem.

§ 2º. A cessão de que trata o *caput* ocorrerá com ônus para o cessionário.

Art. 8º. Constituem recursos da EBSEH:

I - recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União;

II - as receitas decorrentes:

a) da prestação de serviços compreendidos em seu objeto;

b) da alienação de bens e direitos;

c) das aplicações financeiras que realizar;

d) dos direitos patrimoniais, tais como aluguéis, foros, dividendos e bonificações; e

e) dos acordos e convênios que realizar com entidades nacionais e internacionais;

III - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado; e

IV - rendas provenientes de outras fontes.

Parágrafo único. O lucro líquido da EBSEH será reinvestido para atendimento do objeto social da empresa, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência.

Art. 9º. A EBSEH 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 EBSEH definirá a composição, as atribuições e o funcionamento dos órgãos referidos no *caput*.

§ 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 EBSEH.

20

Art. 10. O regime de pessoal permanente da EBSEH será o da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação complementar, condicionada a contratação à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, observadas as normas específicas editadas pelo Conselho de Administração. Parágrafo único. Os editais de concursos públicos para o preenchimento de emprego no âmbito da EBSEH poderão estabelecer, como título, o cômputo do tempo de exercício em atividades correlatas às atribuições do respectivo emprego.

Art. 11. Fica a EBSEH, para fins de sua implantação, autorizada a contratar, mediante processo seletivo simplificado, pessoal técnico e administrativo por tempo determinado.

§ 1º. Os contratos temporários de emprego de que trata o *caput* somente poderão ser celebrados durante os 2 (dois) anos subsequentes à constituição da EBSEH e, quando destinados ao cumprimento de contrato celebrado nos termos do art. 6º, nos primeiros 180 (cento e oitenta) dias de vigência dele.

§ 2º. Os contratos temporários de emprego de que trata o *caput* poderão ser prorrogados uma única vez, desde que a soma dos 2 (dois) períodos não ultrapasse 5 (cinco) anos.

Art. 12. A EBSEH poderá celebrar contratos temporários de emprego com base nas alíneas a e b do § 2º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, mediante processo seletivo simplificado, observado o prazo máximo de duração estabelecido no seu art. 445.

Art. 13. Ficam as instituições públicas federais de ensino e instituições congêneres autorizadas a ceder à EBSEH, no âmbito e durante a vigência do contrato de que trata o art. 6º, bens e direitos necessários à sua execução.

Parágrafo único. Ao término do contrato, os bens serão devolvidos à instituição cedente.

Art. 14. A EBSEH e suas subsidiárias estarão sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo e ao controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Art. 15. A EBSEH fica autorizada a patrocinar entidade fechada de previdência privada, nos termos da legislação vigente.

Parágrafo único. O patrocínio de que trata o *caput* poderá ser feito mediante adesão a entidade fechada de previdência privada já existente.

Art. 16. A partir da assinatura do contrato entre a EBSEH e a instituição de ensino superior, a EBSEH disporá de prazo de até 1 (um) ano para reativação de leitos e serviço inativos por falta de pessoal.

Art. 17. Os Estados poderão autorizar a criação de empresas públicas de serviços hospitalares.”

3. A lei impugnada repete, quase que integralmente, o texto da Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010, que caducou no dia 1º de junho de 2011. Nesse interregno, foram propostas as ADIs nºs 4.605 e 4.588, consideradas prejudicadas porque a MP 520 perdeu sua eficácia por decurso de prazo (art. 62, §3º¹, da CR).

4. As normas ora impugnadas incidem em inconstitucionalidade por violação aos artigos 37, *caput*, II e XIX; 39; 173, §1º; 198; e 207, todos da Constituição da República².

¹ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (...)”

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”

² “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: (...)”

(a) *Exigência de lei complementar*

5. Nos termos do inciso XIX do art. 37 da CR, “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”.

6. A redação atual do dispositivo veio com a EC 19/98, e imediatamente após a sua entrada em vigor iniciou-se grande discussão sobre a expressão “neste último caso”. Alguns³ a limitavam às fundações. Outros⁴ entendiam que ela alcançava as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações.

7. Para os últimos, o dispositivo estabeleceu duas situações: a criação de autarquia e a autorização de instituição de empresa pública,

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

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; (...)

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (...)

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)

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.”

³ P. ex., OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴ P. ex., PEREIRA JR., Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

sociedade de economia mista e fundação. Portanto, ao fazer uso da expressão “neste último caso”, a regra estava a se referir à segunda situação, ou seja, àquela relativa à autorização de instituição das entidades ali referidas.

8. Esse é o entendimento sustentado na presente ação, pela singela razão de que, conceitualmente, a autarquia é a única entidade vocacionada ao exercício de serviço público típico.

9. À empresa pública e à sociedade de economia mista reserva-se a exploração de atividade econômica pelo Estado (art. 173, § 1º, CR). O art. 5º do Decreto-lei 200 define a primeira como “entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito”. Já a segunda, é “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 entidade da Administração indireta”.

10. Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ aponta impropriedades em ambas as definições, a começar pelo seu objeto. Sustenta ser possível, tanto à empresa pública quanto à sociedade de economia mista, a prestação de serviços públicos.

11. Exatamente por essas razões, ou seja, caber tipicamente à autarquia e a prestação de serviço público, e, às empresas públicas e sociedades de economia mista, de forma apenas episódica, é que se torna necessária a lei

⁵ *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 187-192.

complementar que defina as áreas de atuação destas últimas⁶. Esta é também a posição defendida por Alexandre de Moraes⁷:

“A EC nº 19/98, não obstante mantenha a necessidade de prévia edição de lei, para constituição de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações, inovou em sua regulamentação.

Dessa forma, em relação às autarquias, a Constituição Federal permanece exigindo a edição de lei ordinária específica para sua *criação*. Em relação, porém, às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, a EC nº 19/98 não mais exige a edição de lei específica para que possam ser criadas. Essa exigência foi substituída por dois requisitos:

- edição de lei ordinária específica, autorizando a *instituição* de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação;

- edição de lei complementar que defina a área de atuação da empresa pública, sociedade de economia mista e fundação.”

12. Tal lei complementar, certamente, deve ser federal.

13. Todo o art. 37 é um conjunto de normas que disciplina a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em face de seu caráter nitidamente nacional, não seria razoável concluir que a lei complementar que definirá as áreas de atuação das empresas públicas possa ser estadual, distrital ou municipal.

14. Em reforço a esse raciocínio, é interessante notar que todas as leis a que são remetidas determinadas matérias, no âmbito desse art. 37, são federais. É o que se dá nas hipóteses de seus incisos I, II, V, VII, VIII, IX, XVIII, XXI, §§ 3º, 4º, 5º, 7º e 8º.

⁶ Deixa-se de enfrentar a questão das fundações, porque, quanto a elas, não há dúvidas sobre a necessidade de lei complementar.

⁷ *Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.


15. Portanto, se o objetivo do art. 37 é estabelecer uma certa uniformidade nas questões centrais de administração pública, todas as leis que vêm cumprir tal propósito, em acréscimo às estipulações constitucionais, devem ser, logicamente, de caráter nacional⁸.

16. De resto, no caso, toda essa discussão é desnecessária, porque a empresa cuja instituição foi autorizada pela lei impugnada é federal.

17. E, considerando que ainda não há lei complementar federal que defina as áreas de atuação das empresas públicas, quando dirigidas à prestação de serviços públicos, é inconstitucional a autorização para instituição, pela Lei 12.550/11, da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

(b) Serviços públicos – regime jurídico

18. Nos termos do art. 3º da lei impugnada, “a EBSEH terá por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública (...)”.

19. O § 1º desse dispositivo estabelece que “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”. 

⁸ José Afonso da Silva também entende que a lei complementar a que se refere o art. XIX do art. 37 é reservada à União. *In Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 235/236.

20. No âmbito da educação, a Lei Orgânica do SUS (Lei 8.080/90) estabelece, em seu art. 45, que “os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS)”.

21. Parece fora de questão que se atribuiu à EBSERH a prestação de um serviço público. Convém, no entanto, reforçar esse ponto.

22. Antes da Constituição de 1988 e da implantação do sistema único de saúde, o poder público, com pouquíssimo investimento em serviços próprios, “*estimulava a iniciativa privada a constituir serviços de assistência médica*”⁹, com a garantia de que seriam posteriormente contratados pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS.

23. O novo paradigma constitucional, fortemente amparado no SUS, é de reapropriação do espaço público do serviço de saúde e a sua distribuição por todos os entes federados. A iniciativa privada tem atuação meramente transitória e complementar (art. 199, § 1º). Weichert observa a propósito:

“Reconhecendo que a estrutura pública não seria suficiente para dar plena assistência à toda a população (especialmente pela herança de contratação de serviços privados no modelo do então INAMPS), a Constituição Federal permitiu a participação de entidades particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público¹⁰.”

⁹ Apud WEICHERT, Marlon Alberto. *Fundação estatal no serviço público de saúde. Inconsistências*. Revista de Direito Sanitário v. 10, n. 1, mar/jul 2009, p. 83.

24. Repita-se: a saúde pública é serviço a ser executado pelo Poder Público, mediante Sistema Único de Saúde, com funções distribuídas entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. A iniciativa privada está fora do SUS. Mais uma vez, a lição de Weichert:

“Há, portanto, dois universos bem distintos de atuação em saúde: o SUS e o privado. No SUS, o papel da iniciativa privada é acessório, coadjuvante, sempre por decisão do próprio Estado. Não há um direito subjetivo do particular a integrar o SUS. Decorre, daí, uma suposta confusão pelos formuladores da proposta da fundação estatal. A área de saúde não é de atuação exclusiva do Poder Público, porém, o SUS é essencialmente estatal. Os dois planos (SUS e não-SUS) não se misturam, exceto quando o Poder Público exerce o controle e a fiscalização das ações privadas (não-SUS), em regra por meio da vigilância sanitária e epidemiológica.

O Poder Público, no SUS, é sempre um prestador de serviço público. Não há outra possibilidade. E, fora do SUS, não há autorização para atuar. Todo esforço estatal em saúde deve ser realizado dentro do SUS. E será, evidentemente, parte da prestação do serviço público de saúde”¹¹.

25. Como acima destacado, a Lei 12.550 expressamente estipula que as atividades desenvolvidas pela EBSEH estão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do SUS. Em consequência, não é possível emprestar-lhes natureza diversa da pública.

26. E, se de serviço público se trata, a empresa, ao prestá-lo, submete-se ao regime de direito público. Marçal Justen Filho¹² observa:

90

¹⁰ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 199.

¹¹ In Revista de Direito Sanitário, ob. cit., pp. 90-91.

¹² *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 264-265.

“As empresas estatais subordinam-se a regimes jurídicos diversos conforme forem exploradoras de atividade econômica, prestadoras de serviços públicos ou fornecedoras de serviços ao próprio Estado.

(...)

A diferenciação tem origem na Constituição, que disciplina a intervenção estatal no setor econômico. Segundo a doutrina prevalente, a Constituição distingue, nos arts. 173 e 175, 'atividade econômica' (propriamente dita) e 'serviço público'.

O art. 173 da Constituição estabelece que o Estado, em situações especiais, pode exercer diretamente atividades enquadradas no âmbito do domínio econômico propriamente dito. Já o art. 175 prevê que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Estado.

Isso significa que há um segmento de atividades econômicas subordinadas à livre iniciativa (art. 170 e parágrafo único da CF/88). Essas atividades não são de titularidade do Estado, que as desempenhará apenas em casos excepcionais (tal como se aludirá no capítulo próprio). Mas o fundamental é que o art. 173, § 1º, da CF/88 estabelece que, nesses casos, o Estado deverá subordinar-se ao regime próprio das empresas privadas. Há vedação expressa a que a entidade seja investida em algum privilégio não extensível às empresas integrantes da iniciativa privada.

Já as atividades de serviço público são de titularidade do Estado e se sujeitam sempre ao regime de direito público. Estão reservadas ao Estado, mas poderão ser delegadas aos particulares por meio de concessão ou permissão. Não se aplica a elas, então, a livre iniciativa, tal como não serão desempenhadas sob regime de direito estatal” (destacou-se)

27. Esta, aliás, é a posição do Supremo Tribunal Federal, que vem reconhecendo, em face de empresas públicas que prestam serviços públicos, (i) a imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da CR¹³; (ii) regime de precatório¹⁴; (iii) causa de aumento de pena prevista no art. 180, § 6º, do CP¹⁵, dentre outras hipóteses. E expressamente vem afirmando que “o §1º do

¹³ ACO 959, rel. Min. Menezes Direito, DJ 16/5/2008.

¹⁴ RE 592.004, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe-122, publ. 22/6/2012.

¹⁵ HC 105.542, rel. Min. Rosa Weber, DJe-093, publ. 14/5/2012.

art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviços públicos”¹⁶.

28. Assim, a empresa pública que presta serviço público, tal como ocorre com a EBSEH, está submetida ao conjunto de normas integrantes do art. 37 da CR, vocacionadas a organizar a prestação do serviço público, de modo a que realize os valores fundamentais da sociedade brasileira.

29. Desse modo, é inconstitucional a regra contida no art. 10 da Lei 12.550, segundo a qual “o regime de pessoal permanente da EBSEH será o da Consolidação das leis do Trabalho – CLT”.

30. É que, na ADI 2.135, o STF deferiu a medida cautelar suspendendo a eficácia do art. 39, *caput*, na redação que lhe foi dada pela EC 19/98.

31. A principal alteração introduzida pela referida emenda constitucional, no *caput* do art. 39, foi o fim da obrigatoriedade da manutenção do regime jurídico único, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, o que permitia a contratação de servidores pelo regime da CLT. Já agora, com a suspensão da eficácia da alteração introduzida no art. 39, *caput*, retorna-se ao modelo anterior, do regime jurídico único.

32. Portanto, a previsão da lei impugnada, de contratação de servidores pela CLT, está em descompasso com o atual parâmetro constitucional, em face da decisão proferida naquela ADI.

¹⁶ ADI 1.642, rel. Min. Eros Grau, DJe 18/9/2008.

33. De igual forma, são inconstitucionais os artigos 11 e 12 da lei, visto que a disciplina da matéria por eles trazida, relativa à possibilidade de celebração de contratos temporários de emprego, está explicitamente relacionada ao mencionado e indébito regime celetista.

(c) Medida cautelar

34. Estão presentes os pressupostos para concessão de medida cautelar na presente ação direta de inconstitucionalidade.

35. Com efeito, o *fumus boni iuris* está caracterizado por todos os argumentos acima expostos.

36. Já o *periculum in mora* decorre do caráter irreparável ou de difícil reparação dos efeitos que as normas questionadas tendem a gerar na organização e funcionamento da administração pública.

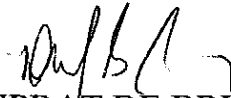
37. Diante desse quadro, postula-se a concessão de medida cautelar para se determinar que, até o julgamento do mérito desta ação, seja suspensa a eficácia dos artigos 1º a 17 da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, ou, sucessivamente, dos artigos 10, 11 e 12, em razão do vício material apontado.

(d) Pedido

38. Por fim, requer, colhidas as informações necessárias e ouvido o Advogado-Geral da União, consoante previsto no § 3º do art. 103 da Constituição da República, seja determinada a abertura de vista dos autos à Procuradoria Geral da República, para manifestação a respeito do mérito, e, ao

final, seja julgado procedente o pedido, para se declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º a 17, da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, ou, sucessivamente, dos artigos 10, 11 e 12, em razão do vício material apontado.

Brasília, **31** de outubro de 2012.



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

APROVO:



ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

P.A. 1.19.000.000936/2012-55
P.A. 1.00.000.003386/2011-17
P.A. 1.00.000.014195/2012-61