

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

MARCELA JÁCOME LOPES

**O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS
HOSPITALARES PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

NATAL/RN

2018

MARCELA JÁCOME LOPES

**O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS
HOSPITALARES PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

**MONOGRAFIA APRESENTADA COMO
FORMA DE CONCLUSÃO DO CURSO
DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
ADMINISTRATIVO, SENDO UM DOS
REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DO
TÍTULO DE ESPECIALISTA, SOB A
ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR
RICARDO CESAR FERREIRA DUARTE
JR.**

NATAL/RN

2018

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Lopes, Marcela Jacome.

O Regime Jurídico aplicável à EBSEERH pela prestação de serviços públicos / Marcela Jacome Lopes. - 2018.
48f.: il.

Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicada, Programa de Pós Graduação em Direito Administrativo. Natal, RN, 2018.

Orientador: Prof. Me. Ricardo Cesar Ferreira Duarte Junior.

1. Empresa pública - Monografia. 2. EBSEERH - Monografia. 3. Atividade econômica - - Monografia. 4. Serviços públicos - Monografia. I. Junior, Ricardo Cesar Ferreira Duarte. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca Setorial do CCSA

CDU 351

Elaborado por Eliane Leal Duarte - CRB-15/355



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
II CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE PÓS GRADUAÇÃO

Aos 18 (dezoito) dias do mês de janeiro de 2018, às 10h na Sala de Aulas 01, no prédio do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/NPJ) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA), realizou-se a sessão pública para a defesa oral da Monografia de Pós-Graduação intitulada: "O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS", de MARCELA JÁCOME LOPES, matrícula nº 20162013318, CPF: 058.626.304-73, como Trabalho de Conclusão do Curso de ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). A Comissão Examinadora foi composta pelos professores, o orientador da monografia PROF. Me. RICARDO CÉSAR FERREIRA DUARTE JÚNIOR, Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da UFRN (II CEDA); PROF. Me. SAMUEL MAX GABBAY, Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da UFRN (II CEDA) e a PROFª. Ma. CATARINA CARDOSO SOUSA FRANÇA, Professora do Curso de Especialização em Direito Administrativo da UFRN (III CEDA). Designados pela Portaria nº 045/2017-CEDA/PPGD, integrantes da Comissão, que emitiu o seguinte parecer:

Trabalho aprovado, com nota 9,0, sugestão para publicação e envio do resumo para o periódico acadêmico.

A Comissão após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia aprovada.

A Comissão decidiu atribuir à menção _____, atribuindo a nota: 9,0.

COMISSÃO EXAMINADORA

PROF. Me. RICARDO CÉSAR FERREIRA DUARTE JÚNIOR
Presidente

PROF. Me. SAMUEL MAX GABBAY
Membro

PROFª. Ma. CATARINA CARDOSO SOUSA FRANÇA
Membro

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo abordar o regime jurídico aplicado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, uma empresa pública federal, cuja criação foi autorizada pela Lei Federal nº 12.550/2011 e que tem como função social a prestação de serviços públicos em saúde e educação. Foi feita uma análise da evolução do conceito de empresa pública no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque constitucional e infra legal, consubstanciado na Lei Federal nº 13.303/2016, chamada Lei das Estatais. Posteriormente, também foram abordados os conceitos de exploração de atividade econômica em sentido amplo, atividade econômica em sentido estrito e de prestação de serviços públicos. Em ato contínuo, foi feita uma contextualização com os fatos que antecederam a sua criação, por meio da reprodução de dados extraídos de auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 4895, a qual questiona a constitucionalidade da sua lei instituidora. Ao final, observou-se que a EBSEH, tal qual as demais empresas públicas brasileiras, ostenta um regime jurídico híbrido, com aplicação de normas de direito público e normas de direito privado. Dessa forma, conclui-se que não há incongruência na persecução de serviços públicos sociais por uma entidade com personalidade de direito privado, o que está em conformidade com a disciplina constitucional.

Palavras-chave: EBSEH; empresa pública; atividade econômica; serviços públicos.

ABSTRACT

The aim of this study was to approach the legal regime applied to the Brazilian Hospital Services Company - EBSEH, a federal public company, which creation was authorized by Federal Law number 12.550/2011 and which has social function to provide public services in health and education. The evolution of the concept of public company in the Brazilian legal system was evaluated with a constitutional and infralegal approach, based on Federal Law number 13.303/2016, known as the State Law. Subsequently, the concepts of economic activity exploration in the broad sense, economic activity in the strict sense and public service provision were also discussed. Immediately thereafter, the facts that preceded its creation was contextualized through the reproduction of data extracted from audits carried out by the Federal Court of Accounts and the Direct Action of Unconstitutionality - ADIN n° 4895, which questions the constitutionality of its law. Therefore, it was observed that EBSEH, as other Brazilian public companies, has a hybrid legal regime, based on public law norms and rules of private law. Thus, it is concluded that there is no inconsistency in the pursuit of public social services by an entity with a personality of private law, which is in conformity with constitutional discipline.

Key words: EBSEH; public company; economic activity; public services

AGRADECIMENTOS

A conclusão do Curso de Especialização em Direito Administrativo na Universidade Federal do Rio Grande do Norte tem um significado de superação. Ao longo do curso realizei o meu maior sonho pessoal: a maternidade. Junto com este sonho me vi em um mundo novo (e exaustivo) que me deixou por um bom tempo perdida no desenvolvimento do presente trabalho. Por muitos momentos pensei (e até tive certeza) que não o finalizaria. Portanto, para mim é uma enorme satisfação concluí-lo.

Para tanto, quero agradecer inicialmente aos meus colegas de curso, os debates e discussões foram sempre presentes, o que enriqueceram o conhecimento adquirido. Agradeço a minha amiga Carolina, que se fez presente ao longo de todo o curso, compartilhando conhecimento, dúvidas, debates e entendimentos. Agradeço ainda a Sammara, Gisele, Bárbara, Natália e Jennifer, colegas que se fizeram presentes nos trabalhos e atividades de sala e que com certeza permanecerão no meu ciclo de amizade.

Agradeço a todos os professores e em especial ao meu orientador, Professor Ricardo, que além de ter ministrado excelentes aulas nas suas disciplinas, sempre em incentivo ao debate e aos questionamentos, enquanto guia esteve sempre disponível e solícito no auxílio a pesquisa realizada, bem como no rumo do trabalho realizado.

Por fim, agradeço à minha família, meus pais Sônia e Marcus, minha irmã Luciana, e, especialmente ao meu marido, Felipe, e à minha filha, Cecília, ele, que é meu parceiro de vida e de objetivos e no convívio diário me deu o suporte necessário para a realização do presente trabalho, e ela que ainda que inconscientemente, me estimula a buscar cada vez mais o melhor de mim.

SUMÁRIO

1. Introdução	09
2. Das empresas públicas no contexto da Administração Pública brasileira	12
2.1 Da evolução do conceito de empresa pública no direito brasileiro	16
2.2 Do objeto de atuação das empresas públicas – conceito de atividade econômica exercida pelo Estado	22
2.3 Do regime jurídico aplicável às empresas públicas	31
3. Da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH	34
3.1 Da criação e competências	37
3.2 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4895 - análise da constitucionalidade da Lei nº 12.550 de 2011	40
4. Da aplicação do regime jurídico das empresas públicas à EBSEH – Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares	43
5. Conclusão	46
Referências	49

O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

1 INTRODUÇÃO

A administração dos hospitais universitários federais brasileiros historicamente coube às respectivas Universidades Federais, entidades autárquicas que integram a Administração Pública Indireta da União.

Os hospitais universitários, no entanto, entidades descentralizadas da administração central do *campus* de cada Universidade Federal, enquanto prestadores de serviços públicos em saúde, possuem competências e atividades estranhas ao ambiente educacional.

Isto porque, em que pese a origem e manutenção dos hospitais esteja atrelada necessariamente à formação profissional dos estudantes, as suas atividades se estendem muito além e representam, em cada hospital serviço de saúde essencial para a população local e regional.

Dessa forma, a dinâmica da rotina hospitalar é alheia às atividades diárias do *campus* universitário, demandando uma atenção especial da administração central das Universidades.

Esta peculiaridade inerente às atividades-fim desempenhadas pelos hospitais universitários foi refúgio para práticas criticáveis da Administração Pública.

O primeiro aspecto a ser mencionado é justamente a dificuldade da gestão administrativa através do *campus* central de cada universidade alheio à problemática do Sistema Único de Saúde e aos interesses da população usuária.

Além disso, as compras e contratações específicas para os hospitais universitários, sempre vistas em um prisma isolado de cada universidade, muitas vezes não eram tratadas com o devido cuidado e em prestígio ao princípio da economicidade e da eficiência administrativa.

Por outro aspecto, os hospitais universitários lidavam com a escassez na contratação de servidores públicos, o que era um facilitador para terceirização ilícita.

De logo, cumpre abrir um parêntese para destacar que as inferências trazidas a respeito dos problemas encontrados nos hospitais universitários foram objeto de sucessivas auditorias do Tribunal de Contas da União, o que será melhor delineado logo adiante.

Com um entendimento de que uma instituição de caráter privado promoveria um afastamento da burocracia pública e uma aproximação à eficiência das atividades privadas, o

governo federal optou pela constituição de uma entidade voltada para a administração dos hospitais universitários com as vestes de empresa pública.

Nesse contexto, a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares foi criada a partir de autorização prevista pela Lei Federal nº 12.550 de 15 de novembro de 2011.

O modelo de gestão dos hospitais universitários implementado através da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, todavia, recebeu e ainda recebe muitas críticas.

Este modelo não é completamente novo. A Administração Pública Federal já contava com uma experiência de sucesso, qual seja, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre - HCPA, criado na década de setenta com estrutura de empresa pública federal.

Nesse cotejo, por uma escolha administrativa, o Governo Federal, com a intenção de solucionar os problemas dos hospitais universitários, optou pela transferência da gestão dos hospitais universitários das universidades (autarquias) para a EBSEH (empresa pública).

Não há como negar que o processo é extremamente complexo e envolve uma série de paixões e ideologias. Sendo assim, em que pese a aparente boa intenção da Administração Pública Federal em buscar uma solução para os hospitais universitários, esta atitude foi interpretada por muitos como privatização da saúde pública no Brasil, terceirização da atividade-fim dos hospitais e afronta à autonomia universitária.

Em meio às paixões, na argumentação contrária à assunção da gestão dos hospitais universitários pela EBSEH se destaca a de que a prestação de serviços sociais como a saúde e a educação não poderia ser prestada por empresa dotada de atividade econômica e finalidade lucrativa. Esta alegada contradição é o ponto central de debate.

Faz-se o registro de que a lei instituidora da EBSEH, Lei Federal nº 12.550 de 2011 foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 4895 a partir de um entendimento do Ministério Público Federal – MPF de que a finalidade social da instituição seria incompatível com o seu regime jurídico.

Em meio a um universo normativo confuso e arraigado de ideologias, há que se analisar qual seria o ponto de equilíbrio entre o direito público e o direito privado e se a adoção do modelo de gestão promovido pela EBSEH é legítima para a prestação de serviços públicos sociais.

Nessa toada, passa-se a analisar o conceito de empresa pública inserido no ordenamento jurídico brasileiro, avaliando a sua evolução e aplicação no direito atual, especialmente na Lei Federal nº 13.303 de 2016, a chamada Lei das Estatais e na Constituição Federal.

Além do conceito formal, analisar-se-á os conceitos de atividade econômica em sentido amplo, em sentido estrito e serviço público, para ao final, após o exame da sua própria estrutura, se chegar ao regime jurídico que se entende aplicável à EBSEH.

2 DAS EMPRESAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

O enfoque do presente tópico é dado às empresas públicas federais, uma vez que esta é a natureza jurídica da EBSEH – Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Sendo assim, os conceitos e particularidades das sociedades de economia mista, das empresas estatais (em sentido amplo), bem como da disciplina relativa às entidades estaduais e municipais serão abordadas apenas tangencialmente.

Outro esclarecimento é oportuno para o presente tópico: Não se pretende fazer um abrangente arrazoado sobre quais são os conceitos e classificações doutrinárias existentes para as entidades da Administração Indireta e quais seriam os mais adequados, deixa-se esta tarefa para a doutrina mais abalizada.

A nuvem que paira sobre a criação da EBSEH decorre da sua personalidade jurídica de direito privado que é de modo displicente relacionada à ideia de um capitalismo retrógrado, estruturado na obtenção de lucro a qualquer preço e à custa da mácula dos mais desfavorecidos.

A prestação de serviços públicos foi historicamente reservada à administração direta e aos entes de direito público, com a ressalva de alguns serviços públicos prestados em caráter de monopólio, identificados pela própria Constituição e serviços públicos com contraprestação direta, como fornecimento de energia elétrica e de água.

A prestação de serviços de saúde e de educação, que são serviços públicos não-exclusivos, quando prestados pela Administração Pública são, por costume, prestados por atuação direta (secretarias municipais e estaduais) e por autarquias federais (universidades e institutos técnicos).

A formatação do serviço através de uma empresa pública, portanto, é uma relativa novidade¹, e como tal, gera insegurança. Cabe, portanto, uma análise se haveria incompatibilidade entre a prestação de serviços públicos sociais e a personalidade jurídica de direito privado própria das empresas públicas.

Fato determinante para fomentar o debate é o emaranhado de incongruências encontrado nas normas do ordenamento jurídico brasileiro. A falta de zelo do legislador acabou por prejudicar uma interpretação coerente.

¹ É uma novidade como uma instituição de caráter nacional, já que a EBSEH, inclusive, é inspirada no modelo do HCPA, empresa pública federal localizada no Rio Grande do Sul, como já mencionado anteriormente.

Paulo Modesto (MODESTO, 2011) faz uma crítica à desorganização conceitual da disciplina sobre a organização administrativa brasileira. De acordo com ele, a falta de uma norma geral atualizada em matéria de organização administrativa para definir conceitualmente as entidades da administração indireta do Estado permite que a cada lei ordinária se redefina conceitualmente tais entidades. E assim, a cada lei específica criadora ou autorizativa, uma nova disciplina é casuisticamente estabelecida.

Ainda para ele, a própria Constituição Federal incorre em imprecisões, como também o Decreto-Lei nº 200 de 1967, que com frequência confunde institutos, fazendo com que na prática esta desordem conceitual apresente repercussões imediatas na atividade administrativa, quais sejam, o estímulo a demandas judiciais; insegurança quanto aos limites de atuação; atrasos no processo decisório; inibição dos administradores de exercerem atividades criativas de gestão; e, além do que, acrescenta custos desnecessários no desenvolvimento de serviços públicos e sociais.

Não é à toa que o objeto do presente estudo é justamente a análise dos limites de atuação da EBSERH e, como já dito anteriormente, diante da imprecisão dos conceitos das entidades da administração pública direta e indireta foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4895 junto ao Supremo Tribunal Federal e muito tem se discutido a respeito da aplicação da Lei Federal nº 13.303/2015 – Estatuto das Empresas Públicas.

É bem verdade que não há no Brasil uma norma específica que discipline a organização administrativa do Estado brasileiro, os conceitos e atribuições de cada órgão e entidade foram historicamente delineados a partir das alterações legislativas, inclusive de índole constitucional.

Na Constituição Federal de 1988, o Título III – Da Organização do Estado – trata justamente dos aspectos gerais aplicáveis à Administração Pública do Brasil.

Do capítulo do I ao VI do mencionado título são disciplinados os aspectos políticos e a competência dos entes federados, enquanto órgãos centrais da administração estatal.

No Capítulo VII - Da Administração Pública – passa-se a disciplinar aspectos específicos da atuação estatal através de suas entidades, destaca-se, no entanto, que a Constituição Federal não trata de normatizar os conceitos de cada entidade, podendo-se dizer que eles são pressupostos.

No caput do artigo 37 estão expressos os princípios basilares da atividade administrativa, são eles, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.²

No inciso XIX do artigo 37 é disciplinada a forma de constituição das entidades da Administração Indireta³. Especificamente para as empresas públicas está expresso que a autorização para a sua instituição é feita por lei específica.

No inciso XX é dito que para a criação de subsidiárias e para a participação em empresas privadas é necessária autorização legislativa para cada caso⁴.

Como dito em momento anterior, a Constituição não disciplina os conceitos, mas ela traz algumas características inerentes a cada entidade.

Neste ponto, importante mencionar os artigos 173 e 175, inseridos no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, que trazem justamente aspectos relevantes do conceito de empresa pública no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo 173⁵ resguarda princípio liberal ao apenas permitir a atuação do Estado brasileiro na exploração direta de atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, ressalvados os casos previstos na própria Constituição e reservando a lei a definição.

No parágrafo §1^{o6} está a previsão de que lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem

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:

³ 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)

⁴ 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;

⁵ 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.

⁶ § 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)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, apontando algumas diretrizes.

Nos parágrafos seguintes (§2º ao 5º⁷) constam outras previsões atinentes às empresas públicas, quais sejam: que elas não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado; que a lei regulamentará as suas relações com o Estado e a sociedade; que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; que a lei estabelecerá a responsabilidade das pessoas jurídicas, além da responsabilidade individual dos seus dirigentes.

Regulamentando a disciplina constante no §1º do artigo 173 da Constituição, a Lei Federal nº 13.303 de 30 de junho de 2016, também chamada de Lei das Estatais, instituiu o Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

A lei recente, como será esboçado adiante, alterou o conceito até então vigente constante no Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-Lei nº 900 de 29 de setembro de 1969, que embora oriundo da Ditadura Militar, foi recepcionado pela Constituição Federal com *status* de lei.

O Decreto-Lei nº 200 de 1967 dispõe sobre a organização da administração federal e em meio a vários dispositivos a respeito das atividades da administração central e a sua desconcentração, disciplinou, no art. 5º, os conceitos das categorias de entidades que compreendem a administração indireta.

Cabe desde já a advertência de que o Decreto-Lei nº 200/67 deve ser interpretado dentro do momento histórico no qual ele se insere, eventuais expressões não condizentes com o contexto constitucional devem ser desprezadas e atualizadas com base nele.

Retomando o conteúdo constitucional aplicável ao tema, o artigo 175⁸, dispõe que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁷ § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

⁸ Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

concessão ou permissão, sempre através de licitação, na forma da lei, dispondo no seu parágrafo único a respeito da regulamentação legal relativa às concessões e às permissões.

Como se observa pela descrição dos artigos constitucionais relacionados ao tema, a Constituição deixou para o legislador infraconstitucional a disciplina relativa a os conceitos das entidades da administração pública brasileira.

No âmbito infra legal, por seu turno, vigeu até a publicação da Lei Federal nº 13.303/2016 a disciplina constante no Decreto-lei nº 200/67, que ainda que falha, apresentou os aspectos básicos da conceituação das empresas públicas.

Na atualidade, vigente a Lei das Estatais, tem-se que houve a revogação tácita dos dispositivos do Decreto-Lei naquilo que lhes for incompatível.

É oportuno, no entanto, que se faça uma análise da evolução do conceito, até para que se compreenda a exatidão da sua aplicação.

2.1 DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE EMPRESA PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

O conceito de empresa pública constante no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200 de 1967 alterado pelo Decreto-Lei nº 900 de 1969, prevê que:

Art. 5º, 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.

Este conceito está intimamente relacionado à exploração de atividade econômica considerada em termos intervencionistas na regulação de mercado ou como forma de incentivo à alguma atividade econômica que fosse necessária a subvenção estatal, também chamada de atividade econômica em sentido estrito.

O modelo de administração pública no Brasil estava bastante centralizado nos órgãos centrais e o Decreto-Lei nº 200 de 1967 foi justamente o instrumento normativo para promoção da desconcentração no âmbito da administração direta e de descentralização no âmbito da administração indireta.

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

As figuras das empresas públicas e sociedade de economia mista tinham por objetivo estimular determinadas áreas da economia desprezadas pelas empresas eminentemente privadas, daí porque a vinculação à atuação por força de contingência, ou por conveniência da administração em incentivar determinadas atividades econômicas.

Dessa forma, a previsão de exploração da atividade econômica tinha estrita vinculação ao contingenciamento de determinadas atividades importantes para a sociedade, caracterizando exatamente um Estado interventor que atua para incentivar determinada atividade ou que pode atuar quando não há interesse privado para serviços essenciais.

Afora isso, a atividade econômica era permitida por razões de conveniência administrativa. Esta expressão de conceito aberto ampliou de sobremaneira as possibilidades de atuação das empresas públicas, entretanto, a interpretação que deve ser dada é a que se coaduna com o interesse público.

Destaca-se que esta amplitude no campo de atuação, em princípio, não foi adotada pela Constituição Federal de 1988, que trata a intervenção estatal como exceção.

Dito isso, tem-se que o conceito de empresa pública até a vigência da Constituição Federal de 1988 estava fortemente vinculada à ideia de Estado empresário, atuando na esfera privada para estimular determinada atividade.

Conforme o conceito apresentado, registra-se ainda que as empresas públicas possuíam capital exclusivo da União⁹, não sendo possível a conjugação de verbas de outros entes federativos e nem de outras entidades da administração indireta.

Outrossim, eram criadas por lei, tal qual as autarquias.

Com o fim do regime militar e a promulgação da Constituição Federal o conceito normativo existente, qual seja o do Decreto-Lei nº 200/67, para manter-se válido no novo ordenamento jurídico passou a ser interpretado à luz das normas constitucionais.

Adequando-se ao texto constitucional, o conceito de empresa pública evoluiu para, pelo menos em tese, restringir a atividade econômica por parte da Administração, que passou a ser uma exceção, condicionada a necessidade decorrente de imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definição legal.

No âmbito doutrinário, Celso Antônio Bandeira de Mello (DE MELLO, 2015) no seu Curso de Direito Administrativo no ano de 2015, antes da vigência da Lei Federal nº

⁹ O Decreto-lei 900 de 1969, sem alterar diretamente o Decreto-lei 200, já permitia, através do seu artigo 5º, a participação de outras pessoas jurídicas de Direito Público interno, bem como entidades da Administração Direta, desde que a maioria do capital votante permanecesse de propriedade da União.

13.303/2016, advertia que o conceito de empresa pública não estava adstrito ao Decreto-Lei nº 200 de 1967 por uma imposição lógica do direito positivo brasileiro.

Segundo ele, devia-se entender que a empresa pública federal enquanto pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de direito privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em direito e cujo capital fosse formado unicamente por recursos de pessoas de direito público, interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.

É interessante que Celso Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar o instituto, não se prende às definições atinentes ao seu campo de atuação e mais especificamente às ideias de exploração de atividade econômica. Fica claro que para o jurista as empresas públicas enquanto *instrumentos de ação do Estado* estão pautadas precipuamente no atendimento do interesse público.

Este entendimento é condizente com a disciplina constitucional que em nenhum momento restringe a área de atuação das empresas públicas, mas apenas condiciona a exploração de atividade econômica pelo Estado aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Esta é a linha de raciocínio que se pretende seguir no presente trabalho.

O autor por interpretação finalista do ordenamento jurídico brasileiro extraiu a verdadeira essência da constituição das empresas públicas.

Enquanto *instrumentos de ação do Estado*, as empresas públicas são criadas e funcionam em prol do interesse público.

O interesse público é o norteador do campo de atuação das empresas públicas e estando ele imbuído nos conceitos de *imperativos da segurança nacional* ou de *relevante interesse coletivo* será possível a atuação estatal na economia.

De acordo com Mariana de Siqueira (DE SIQUEIRA, 2016), o interesse público, enquanto expressão de conteúdo aberto e plurissignificativo, carrega consigo marca ideológica essencial à legitimação do exercício do poder na esfera pública, por outro aspecto, o viés ideológico não lhes retira aplicabilidade e operabilidade jurídica.

E continua, a ideologia por si só não é capaz de afastar a essência do interesse público que sempre será definível no caso concreto desde que seja justificada e motivada com clareza. A abertura textual leva então a uma maior necessidade de justificação e de motivação com clareza, cabendo a Administração definir o interesse público até onde a lei permite que

ela o faça, até onde o direito a viabiliza fazer, de modo que ainda que seja possível ser feita interpretação arbitrária, em favor de grupos específicos e carente de legitimidade constitucional, essa prática deve ser combatida e controlada.

Desta feita, atuando as empresas públicas enquanto *instrumentos de ação do Estado* cabe a elas em última instância o atendimento do interesse público que deve se coadunar com a disciplina normativa do direito brasileiro.

Como dito acima, em que pese seja possível e factível uma interpretação arbitrária do que seria interesse público e da mesma sorte, imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, eventuais arbitrariedades devem ser fiscalizadas e combativas para que na essência o interesse público prevaleça.

A Constituição Federal, em princípio de cunho liberal, reservou as restrições basicamente para o atendimento do interesse público. No entanto, considerando que foram dispostos conceitos abertos e foi reservada a definição ao legislador, este passou a ter um amplo poder na definição das áreas de atuação do Estado.

Sendo assim, em que pese as restrições impostas ao Estado brasileiro estejam estritamente vinculadas ao princípio constitucional da livre concorrência¹⁰, o aplicador do direito é detentor da determinação dos conceitos trazidos, o que certamente variará a depender do momento histórico e de circunstâncias políticas do país.

E não se estar a dizer que o legislador infraconstitucional poderá ir de encontro ao princípio do livre mercado previsto constitucionalmente, o que se entende é que o afastamento ou a aproximação de um Estado interventor está intrinsecamente relacionado aos conceitos de imperativos da segurança nacional e de relevante interesse coletivo reservado ao operador do direito, *in casu* o Poder Legislativo.

Pode-se inferir ainda que o conceito de imperativo da segurança nacional está inserido no conceito de relevante interesse coletivo, que nada mais é do que interesse público.

Ora, o que é determinante para a segurança do país, pensada coletivamente, nada mais é do que o interesse público. A lógica passível de ser extraída do texto normativo é justamente esta.

Nesse sentido, o que se apreende é que cabe ao legislador a avaliação, em cada momento histórico, do que consiste em última análise o interesse público, restringindo ou ampliando o seu leque de atuação.

¹⁰ Previsto no art. 170, IV da Constituição Federal.

Dessa forma, o que se percebe é que o conceito de empresa pública evoluiu para se afastar da ideia de representação da figura de Estado interventor para representar figura estatal capaz de atingir o interesse público em determinado ramo de atividade.

O conceito legal previsto no artigo 3º da Lei Federal nº 13.303/2016 vem na mesma linha da ideia defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, segue o seu conteúdo:

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Como se observa, o conceito é eminentemente formal, havendo a descrição dos aspectos necessários para a sua instituição.

Quanto ao campo de atuação das empresas públicas, a norma legal impõe no artigo 2º:

Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§ 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

Como o próprio dispositivo registra, ele se amolda perfeitamente ao conteúdo do caput do artigo 173 da Constituição.

Dessa forma, as empresas públicas, enquanto entidades da administração pública indireta no Brasil possuem características formais que as diferenciam dos outros entes, mas no seu conteúdo, como qualquer outro ente pertencente ao Estado, está imbuída do interesse público, não podendo dele se afastar.

Em corroboração com esta ideia, a Lei Federal nº 13.303 de 2016, no seu artigo 8º, § 1º expõe a respeito do que seria o interesse público das empresas estatais, segue o seu teor:

§ 1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput.

A Lei das Estatais traz ainda, no artigo 27, a necessidade de expressão no instrumento de autorização legal das empresas públicas da função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional, para tanto impõe ainda que a realização do interesse coletivo deve ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para alocação socialmente eficiente de recursos¹¹.

Posto isso, reforça-se que as empresas públicas estão imersas no interesse público. O direito público é a última razão de ser das empresas públicas que ainda que prestem atividade econômica em sentido estrito, conceito que será abordado adiante, estão vinculadas a uma finalidade estatal específica.

Quanto à noção de empresa, oriunda da economia, enquanto organização para produção ou circulação de bens e serviços, para o conceito de empresa pública impõe-se a personalidade jurídica de direito privado, esta, no entanto, é apenas um instrumento utilizado pelo Estado em prol dos seus interesses.

A personalidade de direito privado, revestida em qualquer das formas admitidas em direito, inerente as empresas públicas têm sua razão de ser por uma busca de afastamento ao considerado modelo burocrático do direito público, fazendo supor, pelo menos em tese, o alcance de uma maior autonomia, celeridade e eficiência na consecução dos objetivos.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2017) expõe que o Estado se vale das empresas públicas e sociedade de economia mista para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, sem as travas do emperramento burocrático indissociáveis das pessoas jurídicas de direito público.

Em outro momento registra ainda o autor que como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado,

¹¹ 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:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

embora sob a direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas.

Sendo assim, a formatação da entidade estatal enquanto autarquia ou empresa pública, por exemplo, muito mais tem a ver com o regime jurídico que se pretende utilizar do que com a adequação do conteúdo à forma.

Prova disso é que independentemente da estrutura, seja empresa pública seja autarquia, o patrimônio permanece próprio e o capital é exclusivamente público, resguardando o interesse público.

Isso posto, propõe-se o seguinte conceito que servirá de pedra de toque para as análises que se sucederão ao longo do texto: Empresa pública federal é entidade pertencente à Administração Pública Indireta da União, cuja criação é autorizada por lei, com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e capital exclusivamente público, que tem por objeto o atendimento da sua finalidade social condizente com o interesse público.

2.2 DO OBJETO DE ATUAÇÃO DAS EMPRESAS PÚBLICAS - CONCEITO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA PELO ESTADO

No tópico anterior, o conceito de empresa pública foi delineado sem haver um apego ao seu objeto de atuação, dado que foi entendido pela irrelevância deste aspecto na sua conceituação.

Por outro aspecto, a análise do campo de atuação das empresas públicas é importante para averiguar o regime jurídico que lhes é aplicado.

A doutrina tradicionalmente diferencia as empresas públicas prestadoras de serviços públicos das empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito, apresentando-as como regimes jurídicos diferentes, aproximando-se e afastando-se do direito público a depender do enquadramento.

Pode-se dizer que esta diferenciação tem cunho didático e razão de ser especialmente vinculada ao entendimento jurisprudencial que ao longo dos últimos anos foi cada vez mais separando as *espécies* de empresas públicas.

Contudo, é preciso colocar um olhar cuidadoso para o direito posto, as normas constitucionais e infra legais, ainda que esparsas, e averiguar se o distanciamento dos regimes jurídicos das *espécies* de empresas públicas deve persistir.

Para tanto, salutar adentrar no conceito de atividade econômica em sentido amplo e em sentido estrito, especialmente pondo os olhos na Constituição Federal e na Lei Federal nº 13.303/2016.

A primeira premissa que se lança é que não se deve esperar conteúdos diferentes para a mesma expressão contida no texto constitucional.

Ora se o legislador constitucional pretendia trazer conceitos diferentes certamente ele haveria de deixar clara esta diferenciação. Em não fazendo, a expectativa é que a norma constitucional reproduza um único conceito.

Esta ideia parece óbvia, mas não é a adotada pela grande maioria da doutrina pesquisada. Muito embora alguns autores registrem incoerência no texto, permanecem em separar o conceito de atividade econômica no texto constitucional a depender do artigo em que é colocado.

José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2017) registra que a interpretação do artigo 173, §1º da Constituição Federal é polêmica, já que não se sabe com precisão se o dispositivo abrange todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, ou apenas as que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Em outro momento assenta ainda que a Constituição não deixou clara a demarcação entre entidades destinadas a atividades econômicas e as prestadoras de serviços públicos, de modo que daí sempre resultarão dúvidas sobre como será aplicável a uma e a outra das categorias, exigindo interpretação muitas vezes casuística, não muito conveniente quando se alvitra precisão jurídica.

O Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, Eros Roberto Grau, possui doutrina extensa sobre o conceito de atividade econômica, que inclusive é tese de fundo para julgamentos de relevo no âmbito da Corte Constitucional, com destaque para a temática da imunidade tributária e aplicação do regime de precatórios para empresas públicas prestadoras de serviços públicos¹².

Em sua obra intitulada *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Eros Roberto Grau (GRAU, 2014) concebeu ao longo do texto classificação que já vem sendo adotada neste trabalho, qual seja, que a atividade econômica é um conceito amplo que tem como espécies a atividade econômica em sentido estrito e a prestação de serviços públicos.

¹² A citar o Recurso Extraordinário nº 407.099/RS.

De acordo com ele, o conceito de atividade econômica não está atrelado necessariamente à atividade lucrativa. Trata-se na verdade da gestão da produção ou circulação de recursos, bens ou serviços, escassos (GRAU, 2014).

Para José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2017) a noção de atividade econômica deve ser vista como um conceito abrangente que significa a utilização de recursos visando à satisfação de necessidades.

Para Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos (GUIMARÃES; SANTOS, 2017), atividade econômica é aquela orientada à produção e circulação de bens ou de prestação de serviços, geradora de riquezas e passível de ser expressa em valor monetário.

Observa-se que para um ou outro conceito, a geração de lucros não é pressuposta. A referência a geração de riqueza e expressão em conteúdo monetário no último conceito conota apenas a existência de uma contraprestação com conteúdo monetário, o que não necessariamente se reverte em lucro.

Em continuidade, Eros Roberto Grau impõe que a atividade econômica em sentido estrito abrange todas as matérias que possam ser objeto de especulação lucrativa (GRAU, 2014), fazendo, portanto, uma diferenciação neste ponto com a prestação de serviços públicos.

O conceito de serviço público de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (DE MELLO, 2014) está relacionado ao fornecimento de utilidade material com a finalidade de satisfazer à coletividade, fruível singularmente pelos administrados e que o Estado adota como pertinente a sua prestação, seja diretamente ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público.

Para Anderson Moraes (MORAES, 2008) de forma alguma se poderia afastar a ideia de serviço público do conceito de atividade econômica, visto que a finalidade do serviço público é igualmente produzir ou fazer circular os bens ou serviços. A diferença entre os bens e serviços produzidos em sede da atividade econômica e em sede do serviço público é que a estes se conferiu diferente importância, de tal forma que seu exercício foi atraído preferencialmente pelo Estado.

Ainda quanto aos serviços públicos, Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, 2017) faz menção a serviços públicos sociais¹³, que seriam justamente aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana e que a Constituição não só admite, mas determina que o Estado preste, tal como, saúde e educação.

¹³ Infere-se que já está sendo adotada esta nomenclatura ao longo do texto.

Logo, o que se conclui é que a prestação de serviços públicos, ainda que sociais, se insere no conceito de atividade econômica. A persecução de serviços públicos necessariamente reflete a utilização de recursos escassos para a produção de um serviço, e é, portanto, inevitavelmente, atividade econômica em sentido amplo.

Dessa forma, adota-se a doutrina encampada por Eros Roberto Grau, no que diz respeito à conceituação de atividade econômica em sentido amplo, e as suas espécies, atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos.

Por outro lado, com a devida *vênia* ao jurista, retomando a análise da sua tese, não se entende que a diferenciação entre as espécies de atividade econômica deve repercutir nos respectivos regimes jurídicos.

Sendo assim, não se crê que a Constituição Federal tenha atribuído conteúdos diferentes a uma mesma expressão, qual seja, atividade econômica, influenciando no regime jurídico aplicado às empresas públicas que exploram atividade econômica em sentido estrito e às empresas públicas prestadoras de serviço público.

Eros Roberto Grau (GRAU, 2014)¹⁴ analisa em sua obra o sentido da expressão atividade econômica ao longo do texto constitucional, especificamente nos artigos 170, 173, e §1º do artigo 174.

Far-se-á logo adiante a mesma análise, comparando-a com o entendimento do autor.

A primeira ilação que merece nota é a de que os artigos mencionados estão localizados no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira e de antemão se espera que a matéria abordada convirja para os mesmos conceitos.

O autor inicia sua análise pelo *caput* do art. 173 que possui o seguinte teor:

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.

Para ele a expressão constante no *caput* do artigo 173 conota atividade econômica em sentido estrito por se tratar de atuação do Estado enquanto agente em área de titularidade do setor privado.

Entende-se, por outro aspecto, que esta conclusão não é óbvia. Se for pensado igualmente a atividade econômica em sentido amplo, e, dessa forma, incluindo a exploração de serviços públicos, tal qual a atividade econômica em sentido estrito, também se espera que

¹⁴ Faz-se o registro de que nas próximas linhas não se repetirá a presente referência, por questão de estética, informando-se que o conteúdo foi extraído do Capítulo 3, p. 89-150 da obra referenciada.

ela seja exercida a partir dos necessários: imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Claro que o teor da norma traz um caráter de excepcionalidade, o que induz a ideia de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado em um estado liberal, contudo, para a exploração de serviços públicos, preexistem as mesmas premissas.

Talvez até por um apego ao conteúdo normativo do Decreto-Lei 200 de 1967, o artigo 173, *caput*, pareceu isolar a prestação de serviços públicos do conceito de atividade econômica, no entanto, esta não é a interpretação que deve ser dada ao dispositivo.

Entende-se que sim, ele trata como exceção o viés da atividade econômica em sentido estrito. No entanto, de forma alguma a norma funciona como uma objeção ou negativa a execução de atividade econômica em sentido amplo, que abrangeria a prestação de serviços públicos.

Esta ideia pode está soando um pouco forçada, mas analisando os próximos artigos, a essência deste discurso será melhor absorvida.

De acordo com Eros Roberto Grau, a expressão inserida no bojo do parágrafo 1º do artigo 173 “a toda evidência” conota unicamente atividade econômica em sentido estrito, mas o mesmo autor infere que é difícil compreender o texto após a alteração implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Veja-se o teor do parágrafo 1º do artigo 173 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98:

Art. 173 § 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)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Com a alteração da norma passou-se a prever o estabelecimento de estatuto jurídico que visava flexibilizar as licitações a que se devem se sujeitar as empresas estatais. Haveria,

portanto, dois grupos distintos de normas gerais a respeito de licitações e contratos, conforme previsto no artigo 22, XXVII¹⁵, o primeiro aplicável à administração direta, autarquias e fundações públicas e o segundo às empresas públicas e sociedade de economia mista.

Dessa forma, se de fato, o parágrafo 1º do artigo 173 referir-se apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, como pretende o autor, as empresas públicas que prestam serviços públicos estarão em um limbo jurídico sem uma norma geral que diga respeito a contratos e licitações para se basear.

Nesse trilha, o autor chegou a conclusão de que não cabe à União legislar normas gerais de licitação e contratação para as empresas públicas e sociedade de economia mista prestadoras de serviço público, aplicando a elas apenas uma disciplina principiológica.

O que se observa, na verdade, é que para sustentar a tese de aplicação restrita da norma as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, Eros Roberto Grau, com a devida *vênia*, acabou por sustentar ideia inconcebível.

Para ele foi preferível remeter aos princípios da administração pública para condicionar as contratações das empresas públicas prestadoras de serviços públicos a obrigatoriedade do procedimento licitatório do que se permitir concluir que a norma poderia estar também abarcando-as.

No que diz respeito ao artigo 174, Eros Roberto Grau entende que a expressão alude à atividade econômica em sentido amplo. Veja-se o teor do dispositivo:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Pela mesma linha de raciocínio que vem sendo destacada, tal qual o autor, entende-se que a expressão denota atividade econômica em sentido amplo, conteúdo este que se espera por coesão de todo o título na norma constitucional.

Por fim, quanto ao artigo 170, que apregoa os princípios da atividade econômica e assegura o seu livre exercício, sendo exceção a necessidade de autorização, entende Eros Roberto Grau tratar-se mais uma vez de expressão que conota gênero. Segue o teor do dispositivo:

15 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Para o autor os princípios devem ser observados por toda atividade econômica, o que se concorda.

Ora, como se observa a base do título faz menção a atividade econômica em sentido amplo, aplicando a ela os seus princípios, questiona-se nesse ponto, qual seria a razão de haver restrição nos outros dispositivos.

Merece registro ainda que no bojo do mesmo título ainda se insere o artigo 175 que diz respeito especificamente aos serviços públicos, demonstrando-o como uma espécie da atividade econômica que vinha sendo tratada ao longo dos dispositivos antecedentes. Segue o teor:

Art. 175. 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.

Quanto ao teor deste dispositivo, há quem defenda que a prestação de serviços públicos por empresas públicas seria uma espécie de concessão. No entanto, tendo em vista a regulamentação específica da matéria, tem-se que esta é uma tentativa forçada de inclusão conceitual impossível de se encontrar guarida.

A ideia da expressão *diretamente*, portanto, está adequada perfeitamente a prestação de serviços públicos pelas empresas públicas, uma vez que estas são detentoras do exercício da atividade, mas não a sua titularidade, que permanece no ente federativo correspondente.

Acrescenta-se que não há razão de ser em delimitar empresas públicas vinculadas ao regime do artigo 173 e empresas públicas vinculadas ao regime do artigo 175, pois os

dispositivos não se apresentam como normas antagônicas, disciplinando regimes jurídicos distintos, muito pelo contrário, são normas que se complementam.

Além disso, com esta diferenciação as empresas públicas prestadoras de serviços públicos, apesar da personalidade jurídica de direito privado, passam a ser entidades um tanto quanto esquisitas, pois esta personalidade passa a ser causa basicamente da determinação do regime de pessoal mediante contrato, com base na Consolidação das Leis do Trabalho, já que todo o resto passa a se aproximar das autarquias, entidade eminentemente de direito público.

Note-se que por mais que a doutrina já venha há um bom tempo incentivando esta diferenciação e existam diversos julgamentos neste sentido, como não há claramente uma separação no texto constitucional e nas normas infra legais esparsas, esta classificação gera insegurança jurídica.

A insegurança jurídica impacta negativamente nas atividades das empresas públicas prestadoras de serviços público. Ora elas possuem o dever legal e constitucional de atuar com base no direito privado, ora elas pretendem e são incentivadas a buscar prerrogativas do direito público.

Repise-se que não se está entendendo pelo afastamento do regime híbrido que lhes é inerente, com nuances de direito público e direito privado, e muito mesmo entendendo pelo afastamento do seu fim maior, traduzido em interesse público.

O que se entende é que, para toda e qualquer empresa pública, incide a norma do artigo 173 da Constituição e mais especificamente a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Aparentemente abarcando o entendimento que ora se apresenta, a Lei 13.303/2017, já no seu artigo 1º unifica a aplicação do seu regime para tanto as empresas públicas exploradoras de atividade econômica, como também as prestadoras de serviços públicos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União **ou seja de prestação de serviços públicos**. (grifo acrescido).

Na mesma inteligência no §1º do seu artigo 2º faz aplicar para toda e qualquer empresa pública a obrigação de indicação de forma clara do relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional.

Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§ 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

Merece realce ainda, no texto constitucional do § 6º, artigo 37, cujo teor impõe a responsabilidade objetiva não só as pessoas de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o destaque se dá, não pela sua prescrição, mas pelo reconhecimento em texto constitucional da existência de “*pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*”, demonstrando que a Constituição Federal abraça dentro do conceito de empresa pública, não só as que explorem atividade econômica (em sentido estrito), mas também as prestadoras de serviço público.

A mesma ideia é extraída do §1º do artigo 173, já comentado, que prevê o estabelecimento através de lei do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, não havendo restrição ou destaque ao serviço que é prestado.

Logo, está claro que o conceito de prestação de serviços públicos está necessariamente inserido dentro do conceito de atividade econômica.

Não há, pois, como afastar o conceito de atividade econômica da prestação de serviços públicos e, conseqüentemente, não há lastro normativo para incompatibilizar a prestação de serviços públicos sociais e a natureza privada inerente às empresas públicas.

Conclui-se dessa forma que é inerente a toda e qualquer empresa pública a interferência do direito público, jamais uma empresa estatal atuará em separado dos interesses do Estado, por outro lado, enquanto entidade detentora de personalidade de direito privado, as empresas públicas também não podem se transmutar fictamente, equivalendo-se a autarquias.

As empresas públicas jamais atuarão em igual condição com as demais empresas, eminentemente privadas, em um regime de livre mercado, pois a elas permanecem a obrigação de busca pelo interesse público e também permanece o peso da máquina pública (licitações, concurso público), além também da responsabilidade pela persecução de certas atividades que provavelmente não são de interesse das outras empresas.

Tem-se, portanto, que as normas do ordenamento jurídico brasileiro impõem textualmente uma identidade às empresas públicas que não podem ser transmudadas por força de argumentação teórica a depender da atividade exercida.

2.3 DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS EMPRESAS PÚBLICAS

Diante do arrazoado exposto, chega-se ao que se concebe como regime jurídico aplicável às empresas públicas.

Como já adiantado anteriormente, entende-se que o regime jurídico das empresas públicas é único e híbrido. Nele são abarcadas características decorrente da natureza pública das entidades, especialmente em resguardo ao interesse público, e também características que decorrem da personalidade jurídica de direito privado.

Sobre o hibridismo do regime jurídico das empresas estatais, Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, 2017) faz interessante reflexão, afirmando que não é nem de direito público e nem de direito privado, trata-se de um regime atípico que une elementos de ambos e que quando postos no mesmo ambiente se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que nem o elemento de direito privado será como se estivesse sendo aplicado a um particular e nem o elemento de direito público incidirá da mesma forma como o faz para os organismos públicos.

No que diz respeito às normas de direito público, tem-se que as empresas públicas devem respeito aos princípios da Administração Pública inseridos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e bem como a disciplina dos incisos, no que lhes couber.

Quanto às normas de direito privado, entende-se que deve ser aplicado indistintamente as empresas públicas o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal que estabelece a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quando aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Passa-se a as características.

A constituição das empresas pública depende de lei específica de iniciativa do chefe do poder executivo para autorizar a sua criação que apenas se perfectibiliza efetivamente com a inscrição dos atos constitutivos no respectivo registro, conforme previsão do artigo 45 do Código Civil.

Quanto à composição do seu capital, ele é restrito para entidades da Administração Pública, sendo a maioria do capital votante de propriedade da União, sendo admitida a participação de outras pessoas jurídicas de direito público, bem como da Administração indireta.

O patrimônio das empresas públicas é constituído de bens privados, na forma do artigo 99 do Código Civil.

Quanto ao controle do Tribunal de Contas da União – TCU, para empresas públicas federais, considerando a natureza privada dos bens, o controle exercido pelo órgão poderia ser contraditório, no entanto, a percepção que se tem é que o TCU, também é fiscal do interesse público, intrínseco a qualquer empresa estatal, e dessa forma, tem o dever e competência para fiscalizá-las. Esta ideia encontra guarida no artigo 87¹⁶ da Lei das Estatais que impõe as empresas públicas e as sociedades de economia mista a responsabilidade pela demonstração de legalidade e regularidade da despesa e da execução.

No que diz respeito à forma societária, as empresas públicas podem se revestir por qualquer forma societária admitida em direito.

Submetem-se, em regra, a obrigatoriedade da licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, ressalvadas as possibilidades legais de contratação direta (artigo 173, §1º, III da Constituição Federal), possuindo estatuto próprio a partir da vigência da Lei Federal nº 13.303 de 2016, localizado nos artigos 28 a 84.

O foro competente para processar e julgar as empresas públicas federais é a Justiça Federal, conforme previsão do artigo 109, I da Constituição Federal.

O regime de pessoal das empresas públicas é de natureza contratual, submetendo-se a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. No entanto, os empregados públicos estão submetidos a algumas regras de direito público, são elas: a) contratação mediante aprovação em concurso público (artigo 37, II da Constituição Federal); impossibilidade de acumulação do emprego público com outro emprego, cargo ou função pública, ressalvada as hipóteses constitucionais (artigo 37, XVI da Constituição Federal); submetem-se, em regra, ao teto remuneratório do funcionalismo público (artigo 37, § 9º da Constituição Federal); se inserem nos conceitos de funcionário público para fins penais e de agente público para fins de

¹⁶ Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.

aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (artigo 327 do Código Penal e artigo 2 da Lei 8.429 de 1992).

No que tange à disciplina da responsabilidade civil, considerando que a própria Constituição, expressamente aplicou distintamente a disciplina no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, tem-se que para as empresas públicas prestadoras de serviços públicos, ela será objetiva e para as empresas públicas exploradoras de atividade econômica aplica-se, em regra, a responsabilidade subjetiva.

O estatuto social das empresas públicas deve observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção (artigo 6º da Lei Federal nº 13.303/2016).

As empresas públicas devem observar as disposições da Lei nº 6.404 de 1976 (Lei das S.A.) e também as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente (artigo 7º da Lei Federal nº 13.303 de 2016).

No que tange a transparência, como decorrência do princípio da publicidade (artigo 37, caput da Constituição Federal) as empresas públicas se submetem à Lei de acesso à informação (Lei Federal nº 12.527 de 2011 – artigo 1º, parágrafo único) e possuem disciplina específica no artigo 8º da Lei da Lei Federal nº 13.303 de 2016 que elenca os requisitos mínimos de transparência.

Quanto ao regime jurídico tributário, tem-se que o artigo 173, § 2º da Constituição Federal veda a concessão de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado e dessa forma, entende-se que a elas não é extensiva a imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, a da Constituição Federal.

No que diz respeito ao regime de falência, em que pese a existência de argumentações divergentes no âmbito da doutrina, o que se tem no ordenamento jurídico brasileiro é a previsão da Lei Federal nº 11.101 de 2005, chamada Lei de Falências, que no seu artigo 2º, I, afasta a sua aplicação para as empresas públicas e as sociedades de economia mista, cabendo a responsabilização subsidiária do ente federativo instituidor pelos débitos existentes, como uma decorrência lógica do seu processo de criação, posto que se é necessária a autorização do ente federativo para sua criação apenas ele, por paridade, poderia extinguir a entidade.

Aplica-se ainda ao regime jurídico das empresas públicas a Lei do Processo Administrativo, Lei Federal nº 9.784 de 1999, conforme expressa dicção do seu artigo 1º que inclui a administração direta e a indireta sem distinções.

Este é, portanto, o regime jurídico que se entende aplicável a todas as empresas públicas, sem distinção em decorrência do objeto de atuação que lhes cabe.

3 DA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH

Os hospitais universitários, por sua maioria, são fruto de desconcentração administrativa nas universidades federais, muitos deles, inclusive, também se localizam fisicamente fora do *campus* universitário.

Por um olhar superficial, tratando-se de uma instituição de ensino poder-se-ia dizer que as atividades desempenhadas no âmbito dos hospitais universitários são eminentemente de pesquisa, ensino e extensão, o tripé indissociável previsto no art. 207 da Constituição Federal¹⁷.

No entanto, ainda que possuam como finalidade precípua a formação dos profissionais de saúde, para tanto, prestam serviço público de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

O SUS, instituído pelo art. 196 da Constituição Federal¹⁸, é sistema de saúde pública festejado internacionalmente pelo seu caráter universal e integral. Na teoria o sistema apresenta-se coeso, com repartição de competências e responsabilidades entre os entes federativos, contudo, na prática, a gestão de uma instituição pública de saúde no Brasil é um verdadeiro desafio.

Nessa toada, o gestor de hospital universitário tem por obrigação administrar um ambiente que por si só é crítico, por lidar com a saúde das pessoas.

Além disso, o gestor deve conduzir o orçamento público, oriundo do Ministério da Saúde e do Ministério da Educação, naturalmente limitado e não condizente com a demanda contínua e crescente; deve manter e discutir os contratos com Municípios e Estados, aos quais compete diretamente o dever legal de prestação dos serviços públicos de saúde, conforme os artigos 17 e 18 da Lei Federal nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, e, portanto, são responsáveis pela contraprestação do serviço prestado nos hospitais, que com frequência descumprem as suas obrigações contratuais, retardando o pagamento devido.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

Na área de licitações e contratos, afora o material e os serviços comuns a qualquer entidade pública, há uma gama de objetos complexos cuja as necessidades com frequência são urgentes e singulares, o que demanda especial atenção do gestor para que os processos sejam mantidos em regularidade.

Diante disso, a complexa atividade desempenhada pelos hospitais universitários atraiu, e ainda atrai, fiscalização contínua do Tribunal de Contas da União – TCU que consecutivamente apontou erros graves de gestão, recomendou e cobrou a tomada de providências.

A título ilustrativo menciona-se o Acórdão nº 1612/2013 – TCU – Plenário – no Processo nº TC 009.914/2012-9, auditoria de conformidade realizada no Hospital Universitário Onofre Lopes – HUOL da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, como parte de uma Fiscalização de Orientação Centralizada – FOC – realizada em 24 (vinte e quatro) hospitais universitários.

A atuação do Tribunal de Contas da União decorreu de deliberação no âmbito do TC 009.067/2012-4 – no Acórdão nº 636/2012 do Plenário que autorizou a realização de auditoria nos hospitais universitários com foco no controle administrativo das licitações e contrato.

Não obstante o foco fosse a área de licitação e contratos, a avaliação de controle interno partiu de uma avaliação global, o que incluiu a análise do cumprimento das missões, objetivos e metas da instituição hospitalar, e a sua estrutura e organograma.

No relatório é dito que em que pese o HUOL possua autonomia orçamentaria e financeira, suas licitações e contratações, em regra, eram realizadas pela UFRN, o que impediria uma maior resolutividade do hospital, especialmente em razão da sua relevância, já que a demora nas decisões pode comprometer a vida humana; que a ausência de assessoria jurídica específica era prejudicial já que a Procuradoria da UFRN não demonstraria empatia às necessidades urgentes e específicas do hospital; a inexistência de código de ética próprio e comissão de ética não atuante foi registrado e a inadequação no formato da ouvidoria; programa de capacitação insuficiente e inadequado; redução do quadro de servidores e aumento de colaboradores terceirizados, estagiários ou bolsistas ao longo dos anos; deficiência na fiscalização da jornada de trabalho; inadequação da avaliação e desempenho; ausência de clareza sobre as competências, atribuições e responsabilidades de áreas e cargos efetivos e comissionados.

Nesse contexto, a conclusão foi a de que havia um histórico de superfaturamento na compra de bens; perda de medicamentos por expiração do prazo de validade; custos elevados

das licitações; ausência de controle e auditoria interna; suspeitas de fraudes; e irregularidade na contratação de postos de trabalho através de terceirização ilícita¹⁹.

O resultado encontrado demonstra uma dificuldade administrativa generalizada. Destaca-se que esta não é uma crítica individualizada a uma Administração, mas apenas uma reflexão por um olhar objetivo dada a notável dificuldade gerencial apresentada nas auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União.

Em paralelo a isso, em meio aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF e a dificuldade de priorização dos hospitais frente a uma diversidade de demandas financeiras por parte das Universidades Federais, o quadro de pessoal dos hospitais estava precarizado e as compras e contratações passaram a ser ineficientes.

É de bom alvitre que se deixe bem claro que neste ponto está sendo dada uma visão geral do panorama de fatos conhecidos que não serão aprofundados no presente trabalho.

Dito isso, observa-se que o complexo de relações oriundas do ambiente hospitalar vai muito além da prática do *campus* universitário, é neste ponto, portanto, que o Governo Federal buscou uma solução fora da administração central das universidades.

A formatação através da estrutura de empresa pública dada a EBSEH é atribuída a reunião de dois motivos: as deficiências graves na gestão dos hospitais universitários e, conseqüentemente, a necessidade da sua modernização; e o sucesso do modelo de gestão desenvolvido pelo Hospital das Clínicas de Porto Alegre - HCPA.

No que se refere a empresa pública que recebeu o nome de Hospital das Clínicas de Porto Alegre - HCPA, ela teve sua criação autorizada pela Lei nº 5.604 de 2 de setembro de 1970, é vinculada ao Ministério da Educação e academicamente vinculada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

O modelo de gestão do HCPA é considerado exitoso, o hospital é premiado pela sua excelência e com frequência supera as próprias metas de atendimento²⁰.

Dentre as suas iniciativas modernizantes merece destaque o desenvolvimento do Aplicativo de Gestão para Hospitais Universitários (AGHU), a fim de padronizar as práticas assistenciais e administrativas, que na atualidade, inclusive, está sendo implementado na EBSEH.

¹⁹Menciona-se ainda os Acórdãos de nº 1520/2006 e Acórdão nº 2813/2009 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

²⁰Informação extraída do sítio eletrônico da instituição: <https://www.hcpa.edu.br/institucional/institucional-premios-e-destaques> - acessado em 07 de janeiro de 2018.

Cabe o registro de que o HCPA, diferentemente da EBSEH, tem autorização para prestar serviços não só a universidade federal, mas também para outras instituições e a comunidade.

A EBSEH, por seu turno, está vinculada integral e exclusivamente à prestação de serviços de assistência à saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, conforme a sua lei autorizativa.

3.1 DA CRIAÇÃO E COMPETÊNCIAS

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH – teve sua criação autorizada pelo Poder Executivo através da Lei Federal nº 12.550 de 15 de Dezembro de 2011 e o seu estatuto social foi aprovado pelo Decreto nº 7.661 de 28 de Dezembro de 2011.

De acordo com artigo 3º da Lei Federal nº 12.550 de 2011, a EBSEH tem por finalidade a prestação de serviços de assistência médica, assim como serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão e à formação de pessoas no campo da saúde pública, com o destaque do necessário respeito à autonomia universitária prevista no artigo 207 da Constituição Federal.

As suas competências são elencadas no artigo 4º, do qual se extrai que compete à EBSEH: a) administrar unidades hospitalares, bem como prestar serviços de assistência médica no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde; b) apoiar às instituições federais de ensino superior e congêneres nos serviços de ensino, pesquisa e extensão, conforme condições fixadas no seu estatuto social; c) apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa das instituições federais de ensino superior e outras congêneres, notadamente a implementação de residências médicas, multiprofissionais e em área profissional da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS; d) prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas nos hospitais universitários federais e a outras instituições congêneres; e) 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.

Em suma, a EBSEH tem como competência a realização da gestão dos hospitais universitários. Atribuição esta que, historicamente, era realizada pelas universidades federais, através de uma desconcentração administrativa via unidades hospitalares e congêneres.

Cabe a EBSEERH, consequentemente, gerir os hospitais e dar apoio as atividades de ensino, pesquisa e extensão. Além disso, está expresso também a intenção de modernização da gestão hospitalar, através da implementação de um sistema de gestão único com indicadores de desempenho e estabelecimento de metas.

O processo de criação da EBSEERH se deu em meio a um conjunto de ações empreendidas pelo Governo Federal que compõem o REHUF – Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários – REHUF – criado pelo Decreto nº 7.082/2010, com o intuito de recuperar os hospitais universitários vinculados às universidades federais.

A EBSEERH passou a ser o órgão responsável pela gestão do programa de reestruturação e, a partir de contratos firmados com as universidades federais passou a administrar diversos hospitais universitários²¹.

A transferência da gestão dos hospitais universitários a EBSEERH decorre obrigatoriamente de um contrato de gestão aperfeiçoado entre o reitor da universidade federal e o presidente da EBSEERH.

Há assim um acordo de vontades entre as instituições que passam a ser parceiras no aprimoramento da atividade hospitalar.

Para formalização dos contratos de gestão cada universidade debate internamente a respeito das vantagens e desvantagens do modelo e ao final, em optando-se pela escolha, o respectivo reitor o perfectibiliza em conjunto com o Presidente da EBSEERH.

Não há pois uma imposição às universidades em afronta a sua autonomia universitária, pelo contrário, é com base nela que o reitor, autoridade máxima da autarquia, após o debate dentro do bojo da própria instituição, opta ou não pela adoção do modelo implementado pela EBSEERH.

Ainda como uma prerrogativa da autonomia universitária, o reitor seleciona e indica o superintendente do hospital, que será preferencialmente do quadro permanente da universidade²², o que demonstra o quão estreita é a relação entre as entidades.

Repise-se, como dito alhures, que o respeito à autonomia universitária vem expresso na legislação. Logo, a efetiva prestação do serviço pela EBSEERH pressupõe o necessário acordo de vontades entre a empresa pública e a autarquia responsável pelo Hospital Universitário.

²¹ De acordo com o sítio eletrônico da EBSEERH (<http://www.ebserh.gov.br/web/portal-ebserh/filiais-ebserh>) 39 (trinta e nove) dos 50 (cinquenta) hospitais universitários existentes do Brasil já são geridos pela empresa – informação extraída em 07 de janeiro de 2018.

²² Disposição constante no art. 52, § 2º do Regimento Interno da EBSEERH disponível em: http://ebserh.mec.gov.br/images/pdf/legislacao/regimento_interno_dou_02_04_2014_aprovado_ca_26_03_2014.pdf. acessado em 05 de janeiro de 2017.

Apenas após um pacto entre as instituições e a estimulação dessa parceria é que se torna viável a atuação conjunta.

Os contratos firmados entre a EBSEERH e as universidades federais dizem respeito à transferência da gestão gratuita da atividade hospitalar, o que compreende: a oferta, à população, de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio e diagnóstico e terapêutico, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); o apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão ao ensino-aprendizagem e à de pessoas no campo de saúde pública; e a implementação de sistema de gestão único, com geração de indicadores quantitativos e qualitativos para o estabelecimento de metas; além também da cessão de uso do patrimônio universitário que compreende o imóvel sede da unidade hospitalar, bem como os bens permanentes nela contidos²³.

Cumprir destacar que tanto as universidades federais (autarquias) quanto a EBSEERH são vinculadas ao Ministério da Educação, de modo que elas necessariamente são parceiras e compartilham os objetivos e programas do ente ministerial.

Para uma efetiva compreensão das características inerentes a EBSEERH, extrai-se mais algumas informações da Lei Federal nº 12.550 de 2011.

A EBSEERH tem personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e é vinculada ao Ministério da Educação; o seu capital social é de propriedade integral da União; as atividades de prestação de serviços de assistência à saúde serão integral e exclusivamente no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde; ela está sujeita à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo e ao controle externo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Uma crítica, no entanto, merece ser feita quanto a previsão constante no artigo 8º, parágrafo único, da Lei 12.550 de 2011.

O dispositivo menciona que o *lucro líquido* da EBSEERH será reinvestido para o atendimento do objeto social da empresa, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência.

Tem-se que a disposição legal é inócua, uma vez que a EBSEERH, enquanto empresa pública dependente do orçamento da União, tem sua remuneração oriunda exclusivamente da União e do adimplemento das contratualizações através da rede SUS, que são necessariamente repasses de entes federativos.

²³Informação extraída de um dos contratos de gestão gratuita disponível no sítio eletrônico <http://www.ebserh.gov.br/web/portal-ebserh/filiais-ebserh> - acessado em 07 de janeiro de 2018.

Desta feita, não há como se vislumbrar propriamente a ocorrência de lucro. Na verdade, o que pode ocorrer é um orçamento superavitário, que deve ser até uma consequência de uma boa gestão.

O que se entende do dispositivo por conseguinte é que quando da ocorrência de *superavit* entre as despesas e as receitas, ele será necessariamente reinvestido para o atendimento do objeto social da empresa.

Como fecho tem-se que a criação da EBSEH foi feita por uma opção governamental na tentativa de solucionar as dificuldades historicamente apontadas na gestão dos hospitais universitários.

3.2 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4895 - ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.550 DE 2011

Com a entrada em vigor da Lei Federal nº 12.550/2011, o então Procurador-Geral da República, Excelentíssimo Senhor Roberto Monteiro Gurgel Santos, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, com vistas ao reconhecimento da Inconstitucionalidade dos art. 1º ao 17, trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN de nº 4895 de 2012.

Passa-se a análise dos fundamentos levantados na petição inicial.

Na ação constitucional foi apontada uma violação aos artigos 37, *caput*, II e XIX; 39; 173, §1º; 198 e 207 da Constituição Federal.

A fundamentação, todavia, se limita a apenas dois aspectos: A afronta ao art. 37, XIX decorreria de uma interpretação de que a parte final do inciso se estenderia às empresas públicas, logo, caberia a lei complementar definir às suas áreas de atuação; Em sucessão, discorre-se a respeito de uma suposta incompatibilidade entre a prestação de serviço público e a admissão da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT como regime de pessoal permanente da EBSEH.

A argumentação trazida a lume pela então autoridade máxima do Ministério Público Federal (MPF) pode ser superada.

De acordo com a peça do MPF, a expressão *neste último caso* contida no do inciso XIX, do art. 37, da Constituição Federal, alcançaria a autorização de criação das empresas públicas, sociedades de economia mista e das fundações. Para ele, as autarquias seriam as únicas entidades vocacionadas ao exercício de serviço público típico. As empresas públicas e

as sociedades de economia mista reservar-se-ia apenas *a exploração de atividade econômica pelo Estado*; de modo que, em virtude disso, para que elas possam prestar serviços públicos seria necessário que lei complementar definisse às áreas de atuação.

A redação original do inciso XIX do artigo 37 previa apenas que somente por lei específica poderiam ser criadas empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias ou fundações públicas. Para todos os entes da administração indireta a disciplina era igual: eles apenas poderiam ser criados por lei específica.

A reforma administrativa no ano de 1998, através da emenda constitucional nº 19, trouxe mudanças significativas no modelo da administração pública brasileira, as ideias de eficiência administrativa, moralidade e redução da *máquina pública* nortearam as alterações constitucionais.

Na verdade, sabe-se que na prática o modelo burocrático permanece na Administração Pública, sendo ainda de difícil aplicação efetiva os institutos que apareceram no Direito Brasileiro naquele momento.

A redação atual do inciso XIX do art. 37, foi dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 e segundo ela tem-se que: *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*.

A partir da nova redação, apenas as autarquias seriam necessariamente criadas por lei específica e os demais entes teriam sua criação autorizada também por lei específica.

O que se compreende da alteração constitucional é que o Poder Constituinte Reformador, em vista da *onda* modernizante, entendeu por bem dar maior liberdade para instituição das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Quanto à necessidade de lei complementar para definição das áreas de atuação, tem-se que a argumentação do MPF para extensão da sua aplicação para além das fundações é no mínimo inusitada.

Faz-se parêntese que a doutrina majoritária e a jurisprudência consideram que as fundações públicas possuem natureza jurídica de autarquia, de modo que as fundações expressamente mencionadas no artigo são necessariamente as privadas.

Por uma interpretação literal da parte final do dispositivo, fica claro que a expressão *neste último caso* está individualizando as fundações privadas.

Por outro aspecto, pensando nas ideais da própria reforma administrativa, tem-se que a intenção do constituinte reformador foi a de tornar ainda mais dificultosa a instituição de

novas fundações, dada a ideologia neoliberal, voltada à redução das dimensões do aparato estatal (GRAU, 2014).

A imposição de lei complementar para especificar as áreas de atuação também pode ser imputada a uma necessidade de maior detalhamento normativo sobre as formas de atuação das fundações privadas, tornando-se imprescindível para o esclarecimento das incertezas que pairam em torno do instituto (MAZZA, 2014).

Interessante mencionar que, não obstante seja objeto de ADIN, a doutrina pesquisada sequer menciona uma controvérsia quanto a extensão desta norma, sendo, portanto, pacífica a sua aplicação exclusiva às fundações privadas.

Nesse aspecto, portanto, tem-se que a interpretação dada pelo MPF foi um tanto quanto forçada e de inclusive difícil intelecção dada a redação truncada do requerimento constitucional.

No que diz respeito à alegação de incompatibilidade entre a prestação de um serviço público por empresa pública e a admissão da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT como regime de pessoal permanente da EBSEH, entende-se que o MPF baseou-se em uma falsa percepção de que não poderia haver prestação de serviços públicos pelas empresas públicas, considerando que seria uma invasão das atividades tipicamente prestadas pelas autarquias e, por esse mesmo raciocínio transversal não seria possível o regime de próprio da CLT.

No entanto, a Constituição Federal não veda a prestação de serviços públicos pelas empresas públicas, pelo contrário, ela admite, como já exposto.

Logo, considerando que a própria Constituição sujeita as empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas (art. 173, § 1º, II), seria, na verdade um verdadeiro contrassenso a contratação do seu quadro de pessoal pelo regime estatutário.

Para finalizar o tópico, deixa-se o registro de que na atualidade a ADIN ainda não foi julgada²⁴ e o pedido cautelar para suspensão da eficácia dos artigos da lei foi inadmitido pelo relator, Ministro Dias Toffoli, por inadequação procedimental.

Note-se que a intenção de inclusão do presente tópico é a de apresentação de esclarecimentos em relação a ação constitucional em curso para que não haja uma omissão do redator quanto ao conhecimento da sua existência, mas a bem da verdade, há que se registrar que a questão constitucional levantada não condiz com os aspectos controvertidos objeto do estudo.

²⁴ Consulta realizada em 07 de janeiro de 2018 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

4 DA APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS À EBSEH – EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH teve sua criação autorizada pela Lei Federal nº 12.550 de 2011 da qual se extrai as seguintes características.

No artigo 3º da lei está expressa a sua função social de relevante interesse coletivo (art. 173, caput da Constituição Federal, art. 2º, §1º e 27 da Lei 13.303/2016) qual seja:

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.

Em relação à essencialidade da prestação dos serviços de saúde e educação, que compõem o fim último da EBSEH, como já delineado ao longo do trabalho, esta qualidade não afasta a possibilidade de assunção das atividades por empresas públicas.

Os artigos 197, 205 e 209 da Constituição²⁵, que dizem respeito à persecução de tais serviços, no mesmo passo que os classificam como de relevância pública, facultam a sua execução ao Estado direta e indiretamente e as pessoas privadas de um modo geral.

Por óbvio, é dever do Estado a sua oferta, mas não há, pelo que se constata da Constituição Federal nenhuma objeção a utilização de outros meios que não os convencionais para a sua persecução.

Destaca-se que mesmo que prestados pela iniciativa eminentemente privada, os serviços de educação e saúde não perdem o caráter social. Eles são fartamente regulamentados e fiscalizados, de modo que não há como afastá-los da atuação estatal.

²⁵ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Dito isso, não há incompatibilidade na sua prestação através da EBSEERH, enquanto empresa pública. Uma vez observada a sua função social e, portanto, cumprido o interesse público apresentado na norma autorizativa, tem-se que não subsiste nenhum antagonismo.

A EBSEERH é empresa pública dependente, conforme o art. 2º e seu parágrafo único²⁶, que registram que o seu capital social é inteiramente de propriedade da União e que sua integralização dar-se-á através de recursos oriundos do orçamento da União e também pela incorporação de qualquer espécie de bens e direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Dentre as disposições da norma legal, uma é de causar estranheza. Trata-se do artigo 8º, parágrafo único, veja-se o seu teor:

Art. 8º Constituem recursos da EBSEERH:

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 EBSEERH** será reinvestido para atendimento do objeto social da empresa, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência. (grifo acrescido)

A menção a lucro líquido inserida no parágrafo único do artigo 8º é intrigante pois a EBSEERH sobrevive basicamente das dotações oriundas dos orçamentos do Ministério da Educação e do Ministério da Saúde.

Além da verba oriunda do orçamento federal, cada hospital universitário é remunerado através da contratualização com outros entes federativos (Estados e Municípios) em decorrência da oferta do serviço público de saúde para os seus usuários e a quem lhes competia prestar diretamente.

No entanto, não há que se falar em lucro já que a transferência de tais verbas nada mais é do que uma contraprestação dos custos realizados, merecendo o registro de que a bem da verdade, a regra seja a de sequer cobrir as despesas vinculadas.

²⁶ Art. 2º A EBSEERH 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.

Não há, assim, atividade lucrativa prestada pela EBSEH; não há cobrança dos serviços aos usuários do serviço de saúde, estando eles necessariamente inseridos dentro do SUS – Sistema Único de Saúde; e não há cobrança também aos estudantes universitários e residentes que recebem a prestação do serviço público de educação.

O que se entende, então, desta disposição legal é que o legislador foi inócuo na redação do dispositivo, na verdade, o que pode ocorrer, como dito em tópico anterior, é um orçamento superavitário, que deve ser até uma consequência de uma boa gestão, e nessa hipótese, o que observa é que as sobras serão reinvestidas para o atendimento do objeto social da empresa.

Por fim, infere-se que deve ser aplicado à EBSEH o regime jurídico delineado anteriormente, híbrido e único para todas as empresas públicas.

Se a opção do legislador foi a de reservar determinadas características para as empresas públicas, enquanto entidades da administração pública indireta com personalidade jurídica de direito privado não é racional que se busque transformá-las, por um simples ato interpretativo, em autarquias ou na própria administração direta.

Caso esta fosse a natureza esperada e desejada pelo operador do direito, no momento da autorização para fins de criação da entidade, deveria ter assinalado neste sentido, não pode e não deve o intérprete criar onde não há margem legal para isso.

5 CONCLUSÃO

Como fecho tem-se que a criação da EBSEH, enquanto empresa pública, decorreu de opção governamental com a pretensão de solucionar as dificuldades historicamente apontadas na gestão dos hospitais universitários.

Se a escolha será exitosa, ainda não se sabe. A EBSEH está em processo de transição junto aos hospitais; as gestões das universidades e das filiais da empresa pública ainda se confundem; o planejamento, programas e metas ainda são estabelecidos.

Em que pese o momento mudança, faz-se o registro de que o Tribunal de Contas da União, crítico ferrenho a gestão implementada pelas universidades nos hospitais universitários, no relatório de auditoria do Plenário, através do Acórdão de nº 2983 de 2015, com vistas a avaliar as ações da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares voltadas para melhoria da gestão e da infraestrutura dos hospitais universitários, bem como avaliar a substituição dos terceirizados que atuam com vínculo precário, constatou a obtenção de resultados positivos advindos da atuação da empresa no aprimoramento da gestão hospitalar e na prestação dos serviços de saúde ofertados.

Feito o registro, fato é que o sucesso da EBSEH depende mais de políticas de governo que incentivem (administrativa e financeiramente) o alcance dos objetivos da empresa e que fiscalizem os gestores na regularidade e transparência das respectivas atuações, do que o próprio modelo adotado.

Se é o melhor modelo, ainda não se sabe, mas conclui-se que é um modelo possível.

Como foi dito ao longo do texto, os questionamentos quanto à atuação da EBSEH são pautados em uma suposta incompatibilidade entre a natureza privada atrelada a atividade econômica e a prestação dos serviços sociais de saúde e educação.

Verificou-se que o próprio ordenamento jurídico brasileiro dificulta esta correlação, já que trata as empresas públicas prestadoras de serviços públicos de maneira esparsa e muitas vezes em aparente contradição.

No entanto, a partir de uma análise dos conceitos de empresa pública, bem como de atividade econômica em sentido amplo, em sentido estrito e serviços públicos, foi possível concluir que não persiste nenhum antagonismo.

O ordenamento jurídico brasileiro, pela interpretação, especialmente da Lei Federal nº13.303 de 2016 e a Constituição Federal, converge para um regime jurídico híbrido e único

para as empresas públicas, não sendo produtora a persistência em uma diferenciação de regimes com base na área de atuação das entidades estatais.

Tanto o direito público, como o direito privado estão presentes no regime jurídico das empresas públicas.

O direito público é observado através dos princípios constitucionais da Administração Pública e necessariamente no cumprimento da finalidade social do ente estatal que se identifica com o interesse público.

O direito privado, por seu turno, é visto na sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, previsto no § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, inclusive quando aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Portanto, o regime jurídico da EBSEH é típico. A sua índole privada está adstrita aos aspectos gerenciais, mas a prestação do serviço em si está imbuída no interesse público.

Merece aqui um parêntese, de que o que se entende é que este é justamente o regime jurídico aplicável à toda e qualquer empresa pública, como já delineado, o que se entende é que o ordenamento jurídico brasileiro não permite diferenciações de regimes jurídicos entre suas empresas públicas.

Sendo assim, enquanto no conteúdo as empresas públicas se aproximam muito mais do direito público, privilegiando a função social que lhes seja inerente, nos seus aspectos formais e atuação na área de gestão, elas se aproximam muito mais do direito privado, nos termos do regime jurídico oportunamente.

Quanto à EBSEH, tem-se que a gestão dos hospitais universitários estava frágil. Havia dificuldade orçamentária, a mão de obra era prioritariamente precária e os hospitais, com uma capacidade enorme de oferta de serviços de educação e saúde pública, estavam sendo subutilizados. Alguma medida precisava ser adotada.

O modelo de gestão escolhido para a EBSEH, portanto, é possível e permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O incômodo pelo caráter privado da instituição deve ser afastado quando se constata que, não obstante se considere ser a prestação de serviços atividade econômica, ao ser exercida por uma empresa estatal, ela passa a ser eminentemente pública.

Destaca-se que a Constituição Federal quando estabelece os serviços públicos de persecução obrigatória não disciplina o seu modo de atuação. Até porque a empresa pública é detentora do exercício, mas não é a titular da prestação de serviço.

O capital social da EBSEH é totalmente público; seu orçamento advém necessariamente de recursos do Ministério da Saúde e da Educação; os serviços de saúde são

prestados integralmente e exclusivamente para o SUS; não produzindo atividade econômica em sentido estrito, suas contratações advêm necessariamente de procedimento licitatório (ressalvadas as hipóteses legais); seu quadro de pessoal é formado via concurso público, que ainda que em regime da Consolidação das Leis do Trabalho, seus empregados não podem ser livremente demitidos; é fiscalizada pelo Tribunal de Conta da União e pela Controladoria Geral da União; e ainda incisivamente pelo Ministério do Trabalho e Emprego, pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Ministério Público Federal.

Logo, o caráter privado é tangente, é formal. Trata-se, na verdade, apenas de facilitador da atuação administrativa, por outro lado, e, até pelo estigma criado, tem-se que a fiscalização e a transparência é até maior comparada a outros órgãos de direito público.

A descentralização administrativa para uma empresa pública e não para uma autarquia, nada mais é do que uma opção administrativa e esta tem guarida constitucional.

O afastamento de um regime eminentemente privado decorre da existência de um fim maior que é o coletivo, além de que uma livre atuação acabaria por comprometer os objetivos sociais, que em uma última análise é o interesse público.

Conclui-se que a sua constituição como entidade da administração indireta de direito privado, não afasta da EBSEH o caráter de instrumento de ação estatal para a prestação de serviços públicos de saúde e educação. O regime jurídico por ela adotado é híbrido, tal qual os das outras empresas públicas, mas a influência do direito privado é específica para os aspectos de gestão, não podendo servir de subterfúgio para prejudicar a aceitação do modelo de gestão escolhido pelo governo federal.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Roberta Camineiro. **Notas sobre o alcance normativo da autonomia universitária no Brasil.** 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/autonomiauniversitaria.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 3 ed.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas. 2017. 31 ed.

DE LIMA, Thiago Emmanuel Chaves. **Aproximação do Regime Jurídico das Empresas Estatais de Serviço Público ao das Pessoas Jurídicas de Direito Público.** Revista da AGU, ano X, nº 27, jan/mar de 2011. Disponível na internet: www.agu.gov.br/page/download/index/id/3667154. Acesso em 14 de outubro de 2017.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista.** São Paulo: Forense, 2017.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros. 2015. 32 ed.

DE SIQUEIRA, Mariana. **Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura À composição da pintura.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas. 2014. 27 ed.

FIQUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010. 3 ed.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2014. 16 ed.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MASSA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 ed.

MODESTO, Paulo. **Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

MORAES, Anderson Júnio Leal. **A atividade da Empresa Estatal como baliza de delimitação de seu regime jurídico**. Sítio eletrônico do Ministério do Planejamento – Prêmio DEST 2008. Disponível na internet: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/1_colocado_premio_dest_2008.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Editora Método. 2017. 5 ed.

TAVARES, André Ramo. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo, Editora Método. 2011. 3 ed.