

PARECER – ÍNDICE COMENTADO

EMENTA: Medida Provisória nº 520, de 31.12.2010. Criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. - EBSEH. Análise Jurídica. Inconstitucionalidades. Índice Comentado.

I – INTRODUÇÃO

II – INCONSTITUCIONALIDADES

II.1. FORMAIS

- A) INOBSERVADA A EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA PARA A CRIAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA;
- B) "ABUSO DO PODER DE LEGISLAR" DO PODER EXECUTIVO POR MEDIDA PROVISÓRIA
- C) CRITÉRIO DA URGÊNCIA NA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA.

II.2. MATERIAIS:

- A) DESRESPEITO À AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA
- B) VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE (ART. 37, *CAPUT*) E AOS POSTULADOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM*).
- C) VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE E AOS ARTIGOS ART. 37, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE TRANSITÓRIA APTA A JUSTIFICAR AS CONTRATAÇÕES POR TEMPO DETERMINADO A SEREM IMPLEMENTADAS PELA EBSEH.
- D) INCOMPATIBILIDADE DO REGIME DA CLT DA EMPRESA PÚBLICA COM O ESTATUTÁRIO DAS UNIVERSIDADES

III – CONCLUSÃO

I – INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 520, de 31.12.2010, autorizou a criação de uma Empresa Pública sob forma de sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, com sede em Brasília (DF) e possibilidade de manter representações e filiais em outras unidades da federação, bem como criar subsidiárias regionais. Seu capital será representado por ações ordinárias nominativas de propriedade integral da União.

Essa nova Empresa objetiva não só prestar serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar e laboratorial à comunidade, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), como também prestar, às instituições federais de ensino ou instituições congêneres, serviços de apoio ao ensino e à pesquisa, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública.

Suas competências estão enumeradas no art. 4º da referida Medida Provisória e consistem nas seguintes:

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

II - prestar, às instituições federais de ensino superior e a outras instituições congêneres, serviços de apoio ao ensino e à pesquisa, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, mediante as condições que forem fixadas em seu estatuto social;

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

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

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

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

Ao mesmo tempo em que a EBSEH sujeita-se ao regime próprio das empresas privadas no que se refere aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, ela está dispensada de fazer licitação para contratar com a Administração Pública relativamente ao seu objetivo.

A EBSEH poderá utilizar-se da celebração do contrato de gestão com as instituições federais de ensino ou instituições congêneres, aprovado por ato do Ministro de Estado supervisor da entidade contratante e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), com a participação do órgão supervisor da entidade, cujo conteúdo estabelecerá obrigações, metas de desempenho, indicadores e prazos de execução a serem observados pelas partes, bem como a respectiva sistemática de acompanhamento e avaliação, com critérios e parâmetros a serem aplicados.

A Medida Provisória sob análise prevê também a possibilidade, no caso de ser firmado contrato de gestão, de cessão, com ônus para o cessionário, de servidores ocupantes de cargo efetivo da instituição federal de ensino ou instituição congênere para a EBSEH para a realização de atividades de assistência à saúde e administrativas. A norma também assegura aos servidores cedidos todos os direitos e vantagens a que façam jus no órgão de origem.

Os recursos da EBSEH estão enumerados no art. 9º, da seguinte forma:

I - 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) dos acordos e convênios que realizar com entidades nacionais e internacionais;*
- II - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado; e*
- III - rendas provenientes de outras fontes.*

As Instituições federais de Ensino estão autorizadas a ceder à EBSEPH, desde que previsto no Contrato de Gestão, bens móveis e imóveis para a consecução de seus objetivos. A administração da EBSEPH será efetuada por um Conselho de Administração (deliberativo) e por uma Diretoria Executiva. Está previsto a existência de um Conselho Fiscal. Seu estatuto será aprovado por ato do Poder Executivo.

A EBSEPH contatará empregados públicos mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, cujos editais de regência poderão estabelecer, como título, o cômputo do tempo de exercício em atividades correlatas às atribuições do respectivo emprego, inclusive em entidades privadas.

Enquanto não preencher seus quadros com empregados efetivos, a Medida Provisória em comento autoriza a EBSEPH a contratar, dentro de 180 (cento e oitenta) dias após a sua constituição, pessoal técnico e administrativo por prazo determinado, mediante processo seletivo simplificado, inclusive mediante análise curricular, observados os quantitativos aprovados pelos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação. Esses contratos poderão ser prorrogados por uma única vez desde que a soma dos dois períodos não ultrapasse dois anos, tudo nos termos do art. 443 e 445 da CLT.

Por fim, a Medida Provisória em comento dispõe que a EBSEPH e suas subsidiárias sujeitar-se-ão à fiscalização dos órgãos de controle interno e externo da União, assim como a autoriza a patrocinar entidade fechada de previdência privada.

A criação da EBSEPH apresenta uma série de inconstitucionalidades que não permitem que a Medida Provisória continue a irradiar efeitos no mundo jurídico, como se passará a demonstrar.

II – INCONSTITUCIONALIDADES

II.1. FORMAIS

A) INOBSERVADA A EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA PARA A CRIAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA

A Constituição da República determina, após a Emenda Constitucional nº 19, que o Poder Executivo somente poderá criar empresa pública se estiver autorizado por lei específica. A medida provisória, espécie do gênero norma jurídica, não se presta a substituir a exigência constitucional. É o que se depreende da leitura art. 37, inciso XIX, CF/88:

Art. 37, XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Portanto, a Medida Provisória nº 520 é inconstitucional.

B) "ABUSO DO PODER DE LEGISLAR" DO PODER EXECUTIVO POR MEDIDA PROVISÓRIA

Utilização do poder excepcional de editar Medidas Provisórias para promover a concretização de objetivos alheios às finalidades sociais econômicas pertinentes à criação de empresas públicas.

O poder de legislar – e, conseqüentemente, o de editar Medidas Provisórias – só se justifica quando exercido no intuito de promover a concretização das finalidades que deram ensejo à sua instituição. Tais finalidades, no regime da CF/88, residem nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos objetivos da República Federativa do Brasil e nos direitos fundamentais. Tais instituições consagradas na Carta Magna é que conferem significado aos termos "interesse público" e "relevância coletiva" no contexto de um Estado Democrático de Direito, de modo que a utilização do poder de legislar desvinculada de tais finalidades consistirá, irrefragavelmente, abuso de poder.

Pois bem, em se tratando de empresa pública, o "interesse coletivo" que justifica a criação de ente dessa natureza reside na existência de certos serviços e determinadas atividades econômicas cuja prestação e exploração por parte do Estado afigura-se essencial para a concretização daqueles objetivos e princípios que permeiam a ordem econômica e social almejada pela CF/88.

Tais atividades econômicas em sentido amplo, por serem essenciais à sociedade, **denotam perenidade**, de modo que a criação das empresas públicas só se justificará se a duração dos referidos entes for indeterminada, conforme se infere do art. 173, *caput* e § 1º, da CF/88. Nesse sentido, não há como conceber a constituição de uma empresa pública voltada para a resolução de um problema datado e específico, tal como ocorre com **a EBSERH, que tem por finalidade precípua a burla aos TACs firmados com o Ministério Público Federal** para promover, em última medida, a continuidade da utilização da mão-de-obra terceirizada nos hospitais universitários vinculados às Instituições Federais de Ensino Superior.

Ao criar empresa pública destituída de perenidade, cujos objetivos institucionais datados e limitados não justificam sua constituição, o Poder Público abusou do poder de editar Medidas Provisórias.

Veja, a propósito, que o STF consagrou que a edição de Medidas Provisórias encontra-se condicionada à observância das finalidades consagradas na Constituição Federal:

A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, caput). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. (...) A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais." (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004).

C) CRITÉRIO DA URGÊNCIA NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA.

O Art. 62 da CF/88 estabelece que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

O instituto das Medidas Provisórias, previsto no art. 62, *caput*, da Constituição Federal encontra fundamento axiológico na eventual necessidade de regulamentação de temas cuja relevância e urgência para o interesse público impõem a imediata ação por parte do Poder Executivo, abrindo-se mão, em um primeiro momento, do processo legislativo convencional.

Pressupõe a existência de um estado de necessidade social, incompatível com a tramitação regular do processo legislativo, cuja ausência de regulamentação pertinente detém o condão potencial de causar prejuízos irreparáveis à coletividade (STF, ADIn nº 293/DF).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de possibilitar a análise judicial e a conseqüente desconstituição dos pressupostos de relevância e urgência inerentes a Medidas Provisórias que, tal como na hipótese em tela, foram editadas com vício de finalidade.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.925-5, SUCESSIVAMENTE REEDITADA ATÉ O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 32/2001. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5.º, CAPUT; 37, CAPUT, E 62, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo nos casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF.” (DESTACOU-SE) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.150/DF- MEDIDA CAUTELAR. RELATOR: Min. Ilmar Galvão. DJ: 28.4.2000. P. 71)

(...)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 111/89. PRISÃO TEMPORÁRIA. PEDIDO DE LIMINAR.

Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. (DESTACOU-SE) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 162/DF. RELATOR: Min. José Carlos Moreira Alves. DJ: 14.12.1989).

(...)

“CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA NÃO REJEITADA EXPRESSAMENTE: REEDIÇÃO: POSSIBILIDADE. REQUISITOS DE URGÊNCIA E RELEVÂNCIA. PREVIDENCIÁRIO: CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES AO PSSSP.

(...)

Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, se tais requisitos -- relevância ou urgência -- evidenciarem-se improcedentes, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Precedentes: ADIns 162-DF, Moreira Alves, 14.12.89; e 1.397-DF, Velloso, RDA 210/294.” (DESTACOU-SE) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.647/PA. RELATOR: Min. Carlos Velloso. DJ: 26.3.1999, capa.)

(...)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA: URGÊNCIA E RELEVÂNCIA: APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NÃO REJEITADA

EXPRESSAMENTE. CF, art. 62. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO: CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. Medida Provisória 661, de 18.10.94. Lei 9.131, de 24.11.95. I.

(...)

Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedente.” (DESTACOU-SE) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.397/DF. RELATOR: Min. Carlos Velloso. DJ: 27.6.1997. p. 30.224.)

Inexiste no presente caso o referido estado de necessidade social. Portanto, não poderia haver sido utilizada Medida Provisória para criar a EBSERH.

II.2. MATERIAIS:

A) DESRESPEITO À AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

Segundo o Art. 207 da CF/88, 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.

Na medida em que uma terceira pessoa jurídica, estranha às instituições de ensino superior e de natureza jurídica privada, passa a deter a competência para contratar empregados, em regime celetista, para oferecer mão-de-obra para um ente público, em sua atividade fim, a autonomia administrativa, inserta na Constituição Federal, é desrespeitada, porquanto a contratação deveria operar-se diretamente pelas universidades.

Cabe às Instituições Federais de Ensino Superior, na condição de gestoras dos hospitais universitários, determinar o quantitativo de pessoal a ser lotado naquelas unidades, bem

assim promover, *sponte sua*, a arregimentação de pessoal, não dependendo, para tanto, do concurso de outras pessoas jurídicas de Direito Público, sob pena de violação à autonomia administrativa insculpida no art. 207 da Constituição Federal.

Por essa razão, a Medida Provisória nº 520/2010, nesse particular, afigura-se inconstitucional.

Vide, nesse sentido, o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região quando do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 9704661185/RS:

"UNIVERSIDADE – CESSÃO DE PROFESSOR À PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, SOLICITADA COM BASE NO ART. 3º DO DEC. 925/93 – INDEFERIMENTO – AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA PRESERVADA.

O art. 207 da Constituição outorga às universidades “autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”, o que em autonomia para a gestão plena de seu pessoal, especialmente de seu corpo de professores e pesquisadores, sem os quais a universidade é mera ficção.

O art. 3º do Dec. 925/93, que prevê a cedência compulsória de servidores para ter exercício na Presidência da República, não obriga as Universidades, porque sua eficácia cessa onde tem início da autonomia universitária. Pode o Reitor da Universidade indeferir a cessão de professor da instituição, se prejudicial às suas atividades didáticas e científicas."

(Destacou-se)

B) VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE (ART. 37, CAPUT) E AOS POSTULADOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA (VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM).

O princípio da moralidade consagrado no art. 37, *caput*, da CF não se limita a exigir que os agentes administrativos ajam com probidade na condução dos negócios públicos. Para

além disso, o postulado em apreço impõe à Administração Pública a observância à boa-fé objetiva, o que significa, para o Poder Público, que este último deve atuar coerentemente com os compromissos por ele assumidos, de modo a não frustrar as legítimas expectativas titularizadas pelos cidadãos em concreto. Tal aspecto do princípio da moralidade convencionou-se nominar "princípio da proteção da confiança". Veja-se, nesse sentido, o magistério de Hartmut Maurer:

"O princípio da lealdade e boa-fé, que rompeu há muito suas travas jurídico-obrigacionais e também é reconhecido no direito público, é capaz de dar à proteção à confiança não só fundamento, mas também medida. O estado deve-se deixar segurar em suas próprias declarações, sobretudo soberanas e dotadas com vinculatividade.

(...)

Pressuposto para a concessão da proteção à confiança é também, nesse âmbito, que, primeiro, a administração, por sua conduta, deu a conhecer que ela irá seguir um curso determinado (fundamento de confiança da administração) e que, segundo, o cidadão confiou na observância desse curso, pôde confiar e fez disposições correspondentes (conduta de confiança do cidadão). Como fundamento de confiança, entram em consideração, sobretudo, atuações, mas também, talvez, tolerâncias e omissões da administração. Necessário é somente, que elas deixam reconhecer claramente que a autoridade quer perseguir uma determinada linha, com cuja observância o cidadão pode contar.

(...)

A proteção à confiança está, em último lugar, ancorada no princípio do estado de direito e ganha outros contornos por sua cunhagem, especialmente, a certeza jurídica, os direitos fundamentais e o princípio de lealdade e boa-fé. Alguns institutos jurídicos tradicionais, que se expressam no princípio da lealdade e da boa-fé, como a proibição do 'venire contra

*factum propium' e o mandamento da atuação conseqüente, manifestam-se, outra vez, nela e com ela."*¹

Pois bem, no caso concreto, o princípio da proteção à confiança restou malferido na medida em que o Governo Federal comprometeu-se com a sociedade – representada, *in casu*, pelo Ministério Público Federal – a abolir a utilização irregular de mão-de-obra terceirizada nos hospitais universitários por intermédio da arregimentação de pessoal na forma determinada no art. 37, II, da CF (concurso público de provas e títulos). Nesse sentido, foram firmados vários Termos de Ajustamento de Conduta a materializarem o compromisso firmado pela Administração Pública.

Esperava-se, portanto, que o Poder Público cumprisse com a sinalização aventada naqueles "TACs" e procedesse à realização de concursos públicos para o preenchimento dos cargos existentes no âmbito dos hospitais universitários.

No entanto, ao invés de proceder dessa forma, o Presidente da República procedeu à edição de Medida Provisória criando empresa pública tendo como um de seus objetivos o fornecimento de mão-de-obra para os hospitais universitários, restaurando, dessa forma, a situação combatida pelos TACs e postergando indefinidamente a realização dos concursos públicos exigidos pelo art. 37, II.

Houve, portanto, na espécie, a frustração das expectativas legítimas titularizadas pela sociedade em geral a respeito da conduta do Poder Público diante dos compromissos assumidos naqueles TACs. Pode-se dizer, inclusive, que houve uma "violação difusa à proteção da confiança" por parte do Governo Federal.

C) VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE E AOS ARTIGOS ART. 37, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE TRANSITÓRIA APTA A JUSTIFICAR AS CONTRATAÇÕES POR TEMPO DETERMINADO A SEREM IMPLEMENTADAS PELA EBSERH.

¹ MAURER. Hartmut. Trad: HECK. Luís Afonso. *Contributo para o Direito do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113-144.

Dentre os conteúdos inerentes ao postulado da moralidade insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, insere-se, ao lado das pautas de atuação em conformidade com a lealdade, boa-fé e a probidade, o dever imposto à Administração Pública de otimizar os valores constitucionais orientadores de suas atividades regulares, conforme bem assevera Juarez de Freitas:

*“Tal princípio determina que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto. O ‘outro’, aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual **o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados e controlados à base da orientação decisiva e substancial que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos da Constituição, cumprindo vivificar, exemplarmente, o combate contra toda e qualquer lesão moral ou imaterial provocada por ações públicas não-universalizáveis, destituídas de probidade e de honradez.***

(...)

*Com efeito, **o objeto das relações de administração nada mais há de ser do que a realização otimizada dos princípios constitucionais, de sorte a permitir que o vínculo jurídico se aperfeiçoe pelo plexo dos liames volitivos com a vontade, por assim dizer, pública.**²² (Destacou-se)*

Nessa linha de entendimento, impõe-se à Administração Pública, como consectário lógico do princípio da moralidade, o dever de promover a seleção de seus quadros funcionais de modo a assegurar a ampla e isonômica oportunidade de participação a todos os concorrentes habilitados, bem como a obrigação de fazê-lo com arrimo em critérios objetivos, universais e razoáveis aptos a assegurar sua atuação impessoal nesse tocante (leitura do art. 37, II, da Constituição Federal).

²² FREITAS, Juarez de. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 53-183.

Daí por que o concurso público de provas e títulos consiste na regra constitucional, por excelência, para a composição dos recursos humanos da Administração Pública, **estando esta última, portanto, vinculada ao dever de otimizar o art. 37, II, da Carta Magna em decorrência do princípio da moralidade, de modo a implementar tal forma de seleção sempre que possível.**

Disso decorre, por via de consequência, que as demais modalidades constitucionais de ingresso no serviço público – quais sejam, as nomeações para cargos de chefia e assessoramento demissíveis *ad nutum* (art. 37, II, *in fine*) e a contratação por tempo determinado (art. 37, IX)- somente terão lugar em situações pontuais, excepcionais e justificadas, quando a realização de concurso público de provas e títulos não se mostrar possível, haja vista a natureza comissionada das funções ou a iminência de situação a demandar a arregimentação imediata de mão-de-obra.

No que concerne a esta última hipótese, o art. 37, IX, da Constituição Federal condiciona a contratação por tempo determinado à existência inequívoca de necessidade transitória impeditiva da realização de concurso público de provas e títulos em tempo hábil a sanar as demandas imediatas da Administração Pública.

Como consectário lógico de tal assertiva, o legislador ordinário não se encontra autorizado a utilizar o permissivo do art. 37, IX, da Constituição Federal como pretexto para elidir a regra do concurso público de provas e títulos quando ausentes as aludidas necessidades transitórias.

Do contrário, os dispositivos constitucionais e legais estariam sendo utilizados como mecanismos voltados para a criação de necessidades transitórias artificiais em nítida burla à regra geral do concurso público, o que não se coaduna com o princípio da moralidade e tampouco com o art. 37, IX, da CF/88.

O Poder Executivo inobservou ao princípio da moralidade, bem como aos artigos 37, II e IX, da Constituição Federal, na medida em que detinha plenas condições temporais para estruturais de realizar concursos públicos de provas e títulos para o provimento de cargos existentes na estrutura dos hospitais universitários.

Diante de tais circunstâncias, a atestarem a plena existência de condições temporais e estruturais para a realização de concursos públicos de provas e títulos para o provimento dos cargos integrantes dos quadros dos hospitais universitários, resta evidenciada a ausência de necessidade transitória a justificar a previsão de contratação temporária constante da MP nº 520/2010 para o exercício das atividades finalísticas dos hospitais universitários.

Se há, atualmente, déficit de mão-de-obra no âmbito dos hospitais universitários, a responsabilidade para tanto é atribuída única e exclusivamente à inércia da Administração Pública em promover o preenchimento definitivo dos respectivos quadros funcionais e em dar cumprimento aos TACS que ela própria firmou, não sendo-lhe lícito, valer-se de tal circunstância para justificar a edição da MP nº 520/2010 e as novas contratações temporárias ali previstas, sob pena de frontal violação aos postulados da boa-fé e da moralidade (*venire contra factum proprium*).

Do contrário, estar-se-á facultando à Administração Pública a ampla possibilidade de criar situações artificiais com vistas a enquadrá-las no conceito de “*necessidade temporária de excepcional interesse público*” e, assim, poder invocar, em qualquer hipótese, os mecanismos de contratação por tempo determinado previstos no art. 37, IX, da Carta Magna, em prejuízo notório à regra geral do concurso de provas e títulos.

Inexistindo, portanto, circunstâncias excepcionais aptas a justificar a contratação por tempo determinado de novos trabalhadores temporários pelos hospitais universitários, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, tem-se que a MP nº 520/2010, traz em seu bojo burla à regra geral do concurso público insculpido no art. 37, II, da Carta Magna, malferindo, em razão disso, o princípio da moralidade.

D) INCOMPATIBILIDADE DO REGIME DA CLT DA EMPRESA PÚBLICA COM O ESTATUTÁRIO DAS UNIVERSIDADES

Haverá nos hospitais universitários servidores estatutários e empregados celetistas exercendo as mesmas funções, quando o STF já afastou a possibilidade de haver mais de 1 regime no serviço público, resgatando a redação original do art. 39 da CF/88, nos seguintes termos:

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

Veja-se o teor do julgamento da medida cautelar (liminar) na ADIn nº 2.135-4/DF:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em

destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esaurimento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

A criação da EBSERH violará o dispositivo constitucional acima indicado.

III – CONCLUSÃO



Alino da Costa Monteiro (in memoriam) • Roberto de Figueiredo Caldas • Mauro Menezes • Paula Frassinetti Atta • José Caldas • Claudio Santos • Rodrigo Torelly • Marcelise Azevedo • Luciana Martins Shigueru Sumida • Raquel Rieger • Gustavo Ramos • Ranieri Resende • Andréa Magnani • Denise Arantes Lais Pinto • Monya Perini • Paulo Lemgruber • Rafaela Carvalho • Rodrigo Castro • Larissa Chaul Renata Fleury • Dervana Coimbra • Cintia Roberta • Cláudio Souza Neto • Marcos Malaquias • Moacir dos Santos • Sheila Ferreira • Wéllida Brito • Natáli Nunes • Neilane Marques • Igor Citeli • Verônica Amaral Raquel Perrota • Otávio Lopes • Cecília Franco • Cláudia Corrêa • Leandro Madureira • Carolina Rosier Adovaldo Medeiros • Thiago Sidrim • Érica Coutinho • Lícia Fontenele • Paula Ansaloni • Luiz Fernando Thiara Santana • Rafaela Possera • Luciana Belmonte • Elane Cristina • Felipe Chaves

Pelos argumentos acima elencados, a Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010, é formal e materialmente inconstitucional. Sugere-se, a princípio, que esses argumentos sejam levados ao Congresso Nacional para que haja a sua rejeição. Caso seja convertida em lei, recomenda-se o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade para que o Supremo Tribunal Federal decida sobre a matéria.

Atenciosamente,

CLAUDIO SANTOS
OAB/DF Nº 10.081

PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT
OAB/DF Nº 20.647

Consultoria Especial de Alino & Roberto e Advogados
Assessoria Jurídica Nacional do ANDES-SN