



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PF-UFSC/PGF/AGU

PARECER n. 00116/2016/JUR/PFUFSC/PGF/AGU

NUP: 23080.008033/2016-26

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

ASSUNTOS: CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS

EMENTA: CONTRATO DE GESTÃO ESPECIAL GRATUITA. CESSÃO DE USO. AUTORIZAÇÃO. DISPENSA LICITATÓRIA. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH) E UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). MINUTA PADRÃO PREVIAMENTE AVALIZADA PELA PGF/AGU. LEI Nº 12.550/2011. DECRETO Nº 7661/2011. RECOMENDAÇÕES. APROVAÇÃO CONDICIONADA.

Magnífica Reitora,

1. Trata-se de processo com pedido para análise jurídica desta Procuradoria Federal junto à UFSC da minuta do **CONTRATO DE GESTÃO ESPECIAL GRATUITA** que entre si firmam a **UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM** e a **EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH**, em cumprimento ao disposto no parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/93, cujo objeto é a administração pela Contratada do **Hospital Universitário da UFSC Professor Polydoro Ernani de São Thiago**.
2. Pode ser visto que a Empresa contratada foi criada pela Lei nº 12.550, de 21/12/2011, com a finalidade de prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à população, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, assim como a prestação às instituições de ensino ou 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 a autonomia didática das universidades.
3. Diversos documentos foram juntados, importando destacar os documentos relacionados ao imóvel de propriedade da UFSC; as licenças; inventário de bens, de contratos, de servidores, arquitetural; dimensionamento dos serviços assistenciais; da empresa EBSERH: Documento Norteador da Elaboração de Metas de Desempenho, Indicadores e prazos de execução; Planos de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas; Sistemática de Acompanhamento e Avaliação de Desempenho; do Conselho Universitário da UFSC: Parecer - Conselheira Relatora; Parecer de Vista EBSERH - UFSC.
4. A Comissão designada pela Portaria Nº 2086/2015/GR, de 04/12/2015 (Conselheiro Giovanni Simon Machado, Carlos Locatelli, Diretor do Hospital Universitário Carlos Alberto Justo da Silva e Alacoque Lorenzini Erdmann.), apresentou o Parecer Final ao Conselho da UFSC para a assinatura do Contrato EBSERH

quando concluiu com RECOMENDAÇÃO DA SUA APROVAÇÃO PELO CONSELHO.

5. Parecer da Agiufsc - Agência de Inovação da UFSC/PROPESQ; Ofício 005 do SINTUFSC; Reitora pede juntada de nova minuta do Contrato com a EBSEH e análise jurídica; Nova minuta juntada, a qual apresenta mudanças mínimas no texto original.

É o relatório, em apertada síntese. Passa-se à análise.

I - A COMPETÊNCIA DA PF/UFSC

6. Em primeiro lugar, necessário se faz colimar as questões afetas à instrução processual e ao cumprimento das formalidades legais, especialmente quanto aos aspectos ligados à verificação da competência para a escolha do ato, respeito à forma prescrita em lei, finalidade – que deve sempre se pautar no interesse público – e existência de motivação. De sua parte, cabe ao administrador público a responsabilidade pelo juízo de oportunidade e a conveniência acerca da escolha do objeto, do seu planejamento quantitativo e qualitativo, e da respectiva instrução processual.

7. Quanto à competência, deve seguir a ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 28, DE 9 DE ABRIL DE 2009:

A competência para representar judicial e extrajudicialmente a União, suas Autarquias e Fundações Públicas, bem como para exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal, é exclusiva dos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados.

8. Veja-se o contido na Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 38. Omissis.(...)Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (grifei)

9. E na Lei Complementar nº 73/1993:

Art. 11 – Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:(...)V – assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;VI – examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

10. Então, cumpre-nos salientar que o presente parecer cinge-se, única e exclusivamente, aos aspectos jurídicos das minutas apresentadas, não nos competindo analisar quaisquer outros aspectos relativos ao mérito do ato administrativo pretendido, ou seja, de conveniência e oportunidade.

11. Deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, à luz do art. 131, da Constituição da República de 1988, e do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, incumbe, a este órgão de execução

da Advocacia-Geral da União, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Universidade Federal de Santa Catarina, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

II - A LEGISLAÇÃO EM VIGOR

12. Os imóveis próprios das IFES, pessoas jurídicas de direito público interno, são bens públicos, nos termos do artigo 98 do Código Civil, que assim dispõe:

“Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

13. Indo além na qualificação do imóvel, tendo em vista que os bens da UFSC estão destinados a uma finalidade específica, qual seja a prestação dos serviços públicos de ensino, pesquisa e extensão, conforme os objetivos estatutários da universidade, temos que os imóveis da UFSC são considerados como imóveis de uso especial, conforme dispõe o Código Civil, *verbis*:

“Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

(...)

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;(…)”

"Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei."

14. Então, o art. 98 do Código Civil afirma que são bens públicos todos aqueles de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Por sua vez, o art. 99 do Código Civil classifica os bens públicos de uso especial, como edifícios ou terrenos destinados ao serviço ou estabelecimento de administração federal, estadual ou municipal, inclusive os de suas autarquias. A doutrina qualificou como sendo bens públicos aqueles integrantes do patrimônio das pessoas administrativas de direito público. Assim, pacificou-se o entendimento de que os bens das autarquias são considerados como bens públicos.

15. A doutrina de José Carvalho dos Santos Filho^[1] é elucidativa ao explicar como se opera a diferenciação entre as citadas categorias, *verbis*:

“ (...) Como deflui da própria expressão, os bens de uso comum do povo são aqueles que se destinam à utilização geral pelos indivíduos, podendo ser federais, estaduais e municipais. Nessa categoria de bens não está presente o sentido técnico de propriedade, tal como é conhecido esse instituto no Direito. Aqui o que prevalece é a destinação pública, no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade.

(...) Bens de uso especial são aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. A denominação não é muito precisa, mas indica que tais

bens constituem o aparelhamento material da Administração, para atingir os seus fins.” (..)

O novo Código Civil alargou um pouco o conceito, substituindo a alusão à União, Estados e Municípios pela expressão “pessoas jurídicas de direito público (art. 99, III), à evidência mais abrangente e compatível com a própria ideia de bens públicos traduzida no art. 98. A noção é residual, porque nessa categoria se situam todos os bens que não se caracterizem como de uso comum do povo ou de uso especial.” (grifos acrescentados)

16. A titularidade por entidade autárquica federal, como é a UFSC, não lhe retira a natureza pública e conceituado genericamente como sendo "da União". Nesse sentido, a lição de ODETE MEDAUAR^[2]:

“Quanto às ‘entidades da Administração indireta’, todas são dotadas de patrimônio próprio, segundo rezam os incs. do art. 5º do Dec.-lei 200/67 que as caracteriza. Os bens das autarquias, pessoas jurídicas públicas, são bens públicos, informados pelos mesmos preceitos aplicáveis aos bens pertencentes à Administração direta. (...).”

17. Como consta da seguinte decisão judicial do TRF4 que trata os bens da autarquia INSS como sendo da UNIÃO:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRESSUPOSTOS. 1. Originariamente, o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS teve sua propriedade sobre o imóvel objeto destes autos reconhecida nos autos da Ação Dominial nº 00.00.06562-5, a qual tramitou junto à 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, com a conseqüente expedição do Mandado de Imissão na Posse do dito imóvel, decisão esta que, ao depois, transitou em julgado, firmando-se, assim, coisa julgada em favor da Autarquia Previdenciária. O dispositivo da sentença proferido naqueles autos assim dispôs: (...)Dessa maneira, verifica-se que a posse do INSS encontra-se corroborada por sentença judicial transitada em julgado, operando-se, no caso, os efeitos da imutabilidade decorrente da coisa julgada. **Ora, estando o Apelante ocupando o imóvel em questão sem a vênia da Autarquia Previdenciária, caracterizado está o esbulho possessório, nos termos do artigo 71 do Decreto-Lei nº 9.760/46, o qual verbera o seguinte:'Art. 71. O ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil'**No mesmo sentido, não é outro o entendimento da jurisprudência, que, em casos tais, tem acolhido o pedido de reintegração de posse, conforme se verifica do julgado abaixo transcrito:'EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE ASSENTAMENTO. ESBULHO CONFIGURADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.- (...) Como se vê, configurado o esbulho possessório, tem direito o INSS à reintegração de sua posse sobre o imóvel objeto destes autos, devendo, neste particular, ser negado provimento ao Recurso de Apelação de (...) Dessa forma, no meu sentir, desmerece prosperar o Recurso de Apelação interposto pelo INSS, devendo-se manter, por consequência, pelos seus próprios fundamentos, a sentença atacada nesta parte.3. Improvimento das apelações. (TRF-4 - AC: 6306 PR 1990.70.00.006306-5, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 16/06/2009, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 08/07/2009)"

18. E, como consta do artigo 101 do CC acima citado, os bens de domínio da União e suas Autarquias

podem ser alienados. Então, *alienar*, proveniente do latim “alienare”, significa, em suma, tornar de outrem, através de quaisquer transferências legalmente previstas. Para tanto, aplicando-se a legislação federal em vigor, como o Decreto-lei 9.760, de 1946, Lei nº 9.636/98 e, especialmente, para as **INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO a Lei nº 6.120, de 1974**, devido a sua especialidade.

2.1 - A LEGISLAÇÃO FEDERAL RELATIVA À CESSÃO

19. Como o presente processo trata de um CONTRATO DE GESTÃO ESPECIAL GRATUITA comportando a **cessão de bem imóvel**, pode ser verificado que o termo *cessão* tem sua acepção originalmente ligada, primeiro, à **colaboração administrativa entre órgãos e entidades públicas**, seja no âmbito do mesmo poder, seja, eventualmente, entre esferas da federação e, em segundo lugar, a entidades educacionais, culturais ou de finalidade social, além de pessoas físicas e jurídicas (em condições especiais).

20. Além disso, nota-se que desde há muito a cessão já era permitida na modalidade gratuita ou em condições especiais (a propósito, confira-se a redação dos já revogados arts. 125 e 126 do Decreto-lei 9.760, de 1946).

21. A cessão chega mesmo a significar gênero de algumas formas de consentimento ou outorga do uso de bens públicos imóveis por outrem.

22. É o que se nota da leitura do art. 64 do Decreto-lei nº 9.760, de 1946, ainda vigente, que revela a existência de ao menos quatro regimes ocorrem mediante cessão: a) cessão gratuita; b) cessão sob regime de arrendamento; c) cessão sob regime de aforamento; e d) cessão sob o regime de concessão de direito real de uso.

23. Confirma-se o escólio de José Carvalho dos Santos Filho^[3], o qual efetua análise que acompanha o desenvolvimento do instituto no tempo, *verbis*:

“Cessão de uso é aquela em que o Poder Público consente o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza **interesse para a coletividade**. A grande diferença entre a cessão de uso e as formas até agora vistas consiste em que o consentimento para a utilização do bem se fundamenta no **benefício coletivo decorrente da atividade desempenhada pelo cessionário**. O usual na Administração é a cessão de uso entre órgãos da mesma pessoa. (...) A cessão de uso, entretanto, pode efetivar-se também entre órgãos de entidades públicas diversas.

(...) Em semelhante sentido, aliás, está definida a legislação incidente sobre imóveis pertencentes à União.

(...)” “Realmente, a cessão de uso é uma categoria específica e própria para o traspasse da posse de um bem público para outra entidade, ou órgão da mesma entidade, que dele tenha necessidade e se proponha a emprega-lo nas condições convencionadas com a Administração cedente.” (grifos acrescidos)

24. Do mesmo modo, acena a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[4], realizando percuciente análise acerca da legislação e sua aplicação, especialmente sobre a vigência atual da Lei nº 9.638/98:

“A cessão é instituto típico do direito público, instituído pelo art. 64 do Decreto-lei nº 9.760/46, para as hipóteses em que interesse à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar. Era disciplinada pelos artigos 125 e 126 do referido Decreto-lei e pelo Decreto-lei nº 178, de 16-2-67. Tais dispositivos não estão mais em vigor, **aplicando-se as normas contidas nos**

artigos 18 a 21 da Lei nº 9.636/98. Por essa lei, verifica-se que existem dois tipos de cessão de uso de imóveis da União:

a) A prevista no art. 64 (ainda vigente) do Decreto-lei nº 9.760/46 e repetida no artigo 18, caput, da Lei nº 9.636, que se faz sempre gratuitamente, a Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos de educação, cultura, assistência social ou saúde (art. 18, I) bem como a pessoas físicas ou jurídicas, que desempenhem atividade de interesse público ou social de interesse nacional sem fins lucrativos (art. 18, II); nessa hipótese, a outorga se faz mediante cessão de uso, pura e simplesmente;

b) A prevista no art. 18, caput, da Lei nº 9.636/98, com a redação dada pela Lei nº 11.481, de 31-5-07, que se fazem condições especiais, em qualquer dos regimes previstos no Decreto nº 9.760/46 (locação, arrendamento ou enfiteuse) ou sobre o regime de concessão de direito real resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28-2-67, podendo, neste caso incidir inclusive sobre terrenos de marinha (art. 18, §1º); (...)

A cessão pode ser assim caracterizada: é ato de outorga de uso privativo de imóvel do patrimônio da União; essa outorga, depois de autorizada por decreto do Presidente da República, se faz **mediante termo ou contrato, no qual se especificam as condições em que o uso se exercerá**; o uso é gratuito, devendo ser oneroso quando destinado à execução de empreendimento de fim lucrativo; podem ser cessionários os Estados, os Municípios, entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais, bem como os particulares (pessoas físicas ou jurídicas), nesta última hipótese quando se tratar de aproveitamento econômico de interesse nacional; torna-se nula em caso de utilização em desacordo com as condições estabelecidas. Além disso, **a cessão se faz sempre por prazo determinado**, conforme estabelece o § 3º do artigo 18 da Lei nº 9.636/98.” (grifos acrescentados)

25. De fato, seja mediante a leitura do entendimento doutrinário, seja mediante um simples compulsar do Decreto-lei nº 9.760 de 1946 ou mesmo da Lei nº 9.636, de 1998 (acima sintetizado na lição de *Di Pietro*), é possível notar que estes diplomas legais, ao se referirem ao instituto da cessão tratam a cessão como possível a título gratuito (v.g., o art. 79, § 3º do DL nº 9.760/46 refere destinação à Administração Pública Indireta; já o art. 21 da Lei 9.636/98 refere projeto cujos investimentos com retorno não possa ocorrer dentro do prazo máximo de vinte anos, etc.).

26. Então, deve ser notado que anteriormente à Lei nº 6.120, de 1974, o uso da cessão já se fazia possível na modalidade gratuita (na modalidade onerosa, também possível, passa a ser tratada como concessão, a dever observância à Lei nº 8.666/93). Além disso, ao que se observa, a referência feita inclina-se para a utilização do instituto da cessão com o viés até mesmo para um período mais duradouro de tempo, embora não se possa negar que também poderá ser temporário, já que de caráter precário.

27. No entanto, **no âmbito das instituições federais de ensino, em virtude do princípio da especialidade legal^[5], é aplicável o contido na Lei nº 6.120/74**, que estabelece as linhas gerais para alienação de bens imóveis, nos moldes a seguir:

“Art 1º As instituições federais de ensino, constituídas sob a forma de autarquia de regime especial ou mantidas por fundações de direito público, poderão alienar, mediante contrato de compra e venda, os bens imóveis de sua propriedade, que se tornarem desnecessários às suas finalidades, na forma desta Lei.

§ 1º A alienação de que trata este artigo dependerá de autorização por decreto do Presidente da República e será precedida de prévia aprovação do respectivo colegiado deliberativo máximo, decidida em reunião especialmente convocada e pelo voto de, no

mínimo dois terços dos seus membros.

§ 2º O processo de alienação obedecerá o disposto no Título XII, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Art 2º Os imóveis de que trata esta Lei poderão ainda ser objeto de:

- a) Permuta, sob condições especiais;
- b) Hipoteca, para garantia de empréstimos contraídos junto a estabelecimentos de crédito oficiais;
- c) Locação.

§ 1º A permuta e a hipoteca também dependem de prévia autorização do Presidente da República, nos termos do disposto no § 1º do artigo anterior.

§ 2º Somente se dará a execução da hipoteca após manifestação do Ministério da Educação e Cultura sobre o interesse na solvência do débito por outra forma que não a execução.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior o Ministro da Educação e Cultura apurará se houver má fé na instrução do processo que autorizou a operação ou na execução do contrato, promovendo as responsabilidades civil, criminal e administrativa respectivas, conforme o caso.

§ 4º A locação será realizada mediante concorrência pública, observadas as normas legais vigentes e respeitado o valor locativo respectivo, consoante as condições locais do mercado imobiliário.

Art 3º O processo para alienar, permutar, gravar ou locar obedecerá normas baixadas pelo Ministro da Educação e Cultura.

Art 4º **O produto das operações de que trata esta Lei será empregado, necessariamente, nos campus universitários** ou nas sedes das instituições em despesas relativas a edificações, serviços de infra-estrutura, instalações, equipamentos e urbanização.

Parágrafo único. Quando o campus ou sede for considerado completo o produto da locação poderá ser empregado em despesas de custeio.

Art 5º **Em nenhuma hipótese será permitida a doação ou cessão gratuita, a qualquer título, de bens imóveis das instituições de que trata esta Lei.** (grifei)

28. Como se observa nesta lei de caráter especial, o artigo 1º trata de bens dominiais, ou dominicais na classificação do código civil, ou seja, bens não afetados ao uso comum ou uso especial. O artigo 2º ainda prevê outras utilizações para tais bens, a saber, a permuta, a hipoteca e a locação. Contudo estas não parecem ser as únicas destinações possíveis para os bens imóveis de propriedade das instituições de ensino. O artigo 5º estabelece que “*em nenhuma hipótese será permitida a doação ou cessão gratuita, a qualquer título, de bens imóveis das instituições de que trata esta Lei*”. Parece-nos que o referido artigo tem o condão de corroborar com a ideia já trazida no início do artigo, de que todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, são passíveis de uso especial desde que a utilização consentida pela Administração não os leve à inutilização ou destruição. Ora, o artigo, ao vedar a cessão gratuita dos bens objeto da referida lei, qualifica a existência de tal instituto e revela sua possibilidade no âmbito dos bens públicos. Se assim não fosse, (*in casu*, se a cessão e a doação não fossem permitidas) não subsistiria razão para a existência do art. 5º da Lei nº 6120. Dessa forma, a melhor exegese nos leva a crer que as hipóteses do artigo 1º e 2º da Lei nº 6120/74 dizem respeito aos bens dominiais, ou dominicais, sendo possível, portanto, a “cessão onerosa” dos bens de natureza diversa, ou seja, dos bens de uso comum de uso especial.

29. Por isso, é vedada a cessão gratuita do uso do imóvel, sem prejuízo da possibilidade de cessão onerosa (seja financeira, em prestação de serviços, produtos ou outros), precedida da correspondente avaliação e

justificativa técnica, que deve ser providenciada a fim de complementar a instrução processual.

30. Assim, a **cessão de uso é ato de colaboração entre repartições públicas na qual ocorre a transferência precária da "posse" (não da propriedade) de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo de cessão, não constante nos autos, cuja minuta deve ser previamente examinada pela Procuradoria** (art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93), com a decorrente desnecessidade de licitação quando entabulada entre entes públicos (isto em comparação com o privado, pois a lei não permite falar em posse de bem público).

31. O Tribunal de Contas Constas da União possui os seguintes entendimentos sobre a matéria:

“7. Assim, existindo instrumentos do direito privado, tal como o comodato, e de direito público, tal como a cessão de uso, ainda que tratando apenas de imóveis pertencentes à União, conforme disposto pelo Decreto-Lei 9.760/46, uma simples interpretação analógica é suficiente para demonstrar que **a norma que melhor se aplica à cessão dos imóveis da fundação aos estados e municípios é a cessão de uso**, a uma, por tratar-se de instituto do direito público, adequado, portanto, à Administração Pública; a duas, pelas suas vantagens em relação ao comodato, tal como a possibilidade de a entidade reaver a posse do bem imóvel a qualquer tempo, sem necessidade de decisão judicial, medida necessária no comodato, conforme reza o art. 581 do Código Civil de 2002.

8. Ademais, para o caso da cessão de bens imóveis pela Administração Pública, é assente neste Tribunal a jurisprudência de que o instituto do comodato não é aplicável, por pertencer ao ramo do direito privado, devendo ser utilizado em seu lugar a cessão de uso. Nesse sentido, podemos citar diversas decisões prolatadas por esta Corte de Contas, tais como as Decisões Plenárias 688/1998, 211/2000, 422/2000 e 426/2000, apenas para mencionar algumas (Processo nº TC-002.411/2000-5. Acórdão nº 1.817/2004 – 1º Câmara).”

“3.2) enquanto o legislador local não regulamentar a utilização do instituto da cessão de uso no âmbito do Distrito Federal, permanece viável o entendimento manifestado pelo Tribunal em várias decisões, tendo por base a doutrina de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que **a cessão de uso é a forma mais adequada para se processar o trespasse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, não se aplicando à transferência de bens para particulares** (Decisão nº 8057/96, proferida na Sessão Ordinária nº 3193, de 05.09.96, Processo nº 5672/95); 3.3) a necessidade de licitação na cessão de uso entre repartições públicas é afastada;” (Processo nº 3564/1997, Decisão 131/2003)

32. Registra-se, ainda, o disposto na Coletânea de Entendimentos de Gestão de Recursos das Instituições Federais de Ensino Superior, elaborada pela Controladoria geral da União e do ministério da educação, *in verbis*:

“As IFEs podem ceder o uso de bens imóveis? Em que situações?”

Sim. A titularidade do uso dos bens públicos está adstrita à Administração Pública. Entretanto, **o uso decorre de ato discricionário da administração**, podendo ser direto (própria administração) ou indireto (por particular), mediante autorização, permissão ou cessão de uso.

Os bens das Instituições Federais de Ensino/IFEs são caracterizados como bens de uso especial, de uso oneroso ou gratuito, destinados às atividades específicas da Instituição, observando-se o interesse público.

A cessão, à pessoa jurídica ou física, de bens imóveis da IFE deverá atender ao

interesse público e social, quanto à atividade a ser desenvolvida no local, sendo o valor cobrado, excetuando-se os casos expressamente autorizados em lei, definido mediante pesquisa de preços."

33. Por fim, nos termos do art. 17, § 2º da Lei. 8.666, a licitação é dispensada quando o cessionário é órgão da Administração Pública. Embora a lei fale em direito real de uso, a doutrina entende que se trata de verdadeira cessão de uso. *In verbis*:

“§ 2o A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;”

34. No presente caso, é falado no contrato que haverá a cessão de uso do imóvel (de acordo com o Anexo II), bem como os bens permanentes nele contidos (Anexo III), "mediante processo e instrumento de cessão de uso próprios".

35. Agora, haverá uma AUTORIZAÇÃO imediata (e imagino que através do presente contrato de gestão) para utilização do imóvel e bens permanentes.

36. Assim, **deve a Administração declarar/justificar a extrema necessidade de que se proceda no presente momento a AUTORIZAÇÃO, que a cessão de uso do imóvel federal se fará no futuro, bem assim que haverá uma contrapartida pelo uso desse patrimônio (ou contrapartidas verificáveis).**

2.2 - DO FUNDAMENTO LEGAL PARA A CONTRATAÇÃO DA GESTÃO

37. No que diz respeito à forma de contratação da gestão do Hospital Universitário da UFSC, pode ser entendido que deva se dar por dispensa de licitação, fundamentada no disposto na Lei nº 12.550, de 2011, ao instituir a EBSEH, previu o seguinte:

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

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

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

I - as obrigações dos signatários;

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

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

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

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

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

38. Portanto, a contratação pode ser efetuada por dispensa de licitação, nos termos expressamente previstos no artigo 5º. da Lei 12.550.

39. Assim, **tal hipótese deverá ser reconhecida e ratificada pelas autoridades competentes**, conforme prevê o artigo 26 da Lei 8.666, de 1993.

2.3 - DA ANÁLISE DA MINUTA DO CONTRATO DE GESTÃO

40. Superada a questão pertinente à fundamentação legal para a contratação pretendida, passa-se à análise da minuta de contrato propriamente dita.

41. Trata-se, no presente caso, de um dos últimos hospitais universitários federais (HUF) com assinatura desse instrumento contratual. Isto é, a grande maioria desses hospitais já são encontrados com a administração/gestão contratualizada com a referida empresa pública EBSEERH. Ela foi criada para esta finalidade e atua exclusivamente nesse sentido.

42. Assim foi a minuta-padrão apresentada, pelo visto, primeiramente ao Conselho Universitário. Ali, salvo engano, aconteceram pequenas alterações.

43. Agora, retorna nova minuta, esta com indicativos para, também salvo engano, a manutenção dos termos originais ou com a autorização da empresa para que poucas alterações aconteçam efetivamente.

44. A minuta-padrão foi criada (ou consolidada) após discussões e árduo trabalho realizado pelo Grupo de Trabalho constituído no âmbito da PGF, conforme cópia do Memorando Circular nº 1/PGF/AGU, de 29/10/2013 (anexado), tendo sido adotada por todos as Universidades Federais que possuem hospitais universitários e que tiveram a gestão transferida para a EBSEERH e assim anotado pelo Procurador-Geral Federal:

"Assunto: Minuta de Contrato de Gestão Especial entre IFES e EBSEERH.

Como deve ser do conhecimento de todos, desde maio do corrente ano, o Departamento de Consultoria instituiu e coordenou um Grupo de Trabalho formado pelos Procuradores-chefes das Procuradorias Federais junto à Universidade Federal de Goiás, Universidade Federal de São Paulo, Universidade Federal de Alagoas, Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Federal da Grande Dourados, para discutir o conteúdo do Contrato apresentado pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEERH às Instituições Federais de Ensino Superior – IFES, com a finalidade de passar a gerir os seus respectivos Hospitais Universitários.

Após um razoável período de discussões, todas as cláusulas foram detidamente analisadas, culminando com uma nova redação, adequando os seus termos a um Contrato de Gestão Especial.

A avaliação prévia do contrato e a redação de uma minuta padronizada tiveram a finalidade de uniformizar o entendimento acerca das questões jurídicas que permeiam o referido ajuste, buscando conferir segurança jurídica às

autoridades assessoradas, bem como propiciar maior celeridade às celebrações com a EBSEH, de modo que a execução da política pública em foco possa ocorrer no tempo e a modo desejados.

Restou compreendido que, por tratar-se de uma espécie do gênero contrato de gestão, não há óbice jurídico para que seja adotado prazo de duração superior ao disposto na Lei n.º 8.666, de 1993. Referido prazo, contudo, deverá encontrar sua justificativa na adequação ao tempo necessário à execução do plano de metas a ser elaborado em conjunto pelas partes.

Segue anexa a Minuta de Contrato de Gestão Especial previamente analisada por esta Procuradoria-Geral Federal."

45. Em análise comparativa, a nova minuta não apresenta grande diferença com aquela considerada como "padrão".

46. Quanto à "cessão do patrimônio", foi acrescentado no Parágrafo Terceiro da **Cláusula Quarta** que "os bens e direitos cujo uso foi cedido bem como os incorporados ou adquiridos a qualquer tempo, serão devolvidos e transferidos à CONTRATANTE em condições adequadas para atender ao processo de contratualização com o SUS, levando em consideração os fatores de obsolescência e deterioração".

47. A **Cláusula Quinta**, DA CESSÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS À CONTRATADA, totalmente retirada inicialmente, segundo a EBSEH há a necessidade de constar em virtude de exigência do Tribunal de Contas da União e o previsto na legislação em vigor.

48. Na Lei 12.550/2011 a questão da cedência dos servidores hoje em atuação no HU não é impositiva, mas logicamente que isso deve ser possível e previsível, já que a grande maioria deles não poderia ser aproveitado em outros setores da Universidade. É o dito na lei:

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

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

49. Efetivamente, o controle na cessão dos servidores que continuarão a atuar no HU administrado pela EBSEH é a medida administrativa exigível, a teor do contido na legislação em vigor, sob pena dos responsáveis responderem junto aos órgãos de controle:

- Da Lei 8.112/90:

"Do Afastamento para Servir a Outro Órgão ou Entidade

Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:

I – para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

II – em casos previstos em leis específicas.

§ 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade

de origem.

§ 3o A cessão far-se-á mediante Portaria publicada no Diário Oficial da União.

- Do DECRETO Nº 4.050, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2001, que Regulamenta o art. 93 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a cessão de servidores de órgãos e entidades da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências:

Art. 1º Para fins deste Decreto considera-se:

I - requisição: ato irrecusável, que implica a transferência do exercício do servidor ou empregado, sem alteração da lotação no órgão de origem e sem prejuízo da remuneração ou salário permanentes, inclusive encargos sociais, abono pecuniário, gratificação natalina, férias e adicional de um terço;

II - cessão: ato autorizativo para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, ou para atender situações previstas em leis específicas, em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem alteração da lotação no órgão de origem;

III - reembolso: restituição ao cedente das parcelas da remuneração ou salário, já incorporadas à remuneração ou salário do cedido, de natureza permanente, inclusive encargos sociais; (Redação dada pelo Decreto nº 4.493, de 3.12.2002)

IV - órgão cessionário: o órgão onde o servidor irá exercer suas atividades; e

V - órgão cedente: o órgão de origem e lotação do servidor cedido.

Parágrafo único. Ressalvadas as gratificações relativas ao exercício de cargos comissionados ou função de confiança e chefia na entidade de origem, poderão ser objeto de reembolso de que trata o inciso III outras parcelas decorrentes de legislação específica ou resultantes do vínculo de trabalho, tais como: gratificação natalina, abono pecuniário, férias e seu adicional, provisões, gratificação semestral e licença prêmio. (Incluído pelo Decreto nº 4.493, de 3.12.2002)

Art. 2º O servidor da Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações poderá ser cedido a outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo as empresas públicas e sociedades de economia mista, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança e, ainda, para atender a situações previstas em leis específicas.

50. De acordo com a NOTA TÉCNICA Nº 371/2010/COGES/DENOP/SRH/MP, é "assegurado ao servidor que se encontra em uma das condições dos incisos I e II do art. 93 da Lei 8.112/1990, que trata dos afastamentos para servir a outro órgão ou entidade, todos os direitos e as vantagens de seu cargo e os decorrentes deste exercício."

51. Inclusive, o Presidente da EBSE RH está autorizado pelo MEC a "requerer a cessão de servidores públicos da União":

PORTARIA MEC Nº 461, DE 26 DE MAIO DE 2014

Subdelega competência ao Presidente da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares-EBSE RH, vedada nova subdelegação, para requerer a cessão de servidores públicos da União, dos Estados e dos Municípios, conforme disposto no art. 93 da Lei 8.112, de 1990, e no inciso I do art. 3º do Decreto nº 4.050, de 12 de dezembro de 2001

52. Quanto ao TCU, pode ser citado o seguinte Acórdão:

"ACÓRDÃO Nº 377/2016 - TCU - 1ª Câmara, Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:a) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 143, inciso I, alínea "a", 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em julgar regulares **com ressalva** as contas dos responsáveis":

1.8.1. a falta de controle em relação à cessão de servidores afronta o disposto nos arts. 93, § 1º, da Lei 8.112, de 11/12/1990, e 4º do Decreto 4.050, de 12/12/2001;

53. Sendo que a competência para a edição da portaria de cessão é do/a Reitor/a, como pode ser visto da PORTARIA Nº 404, DE 23 DE ABRIL DE 2009 MEC, que "Subdelega competência aos Reitores das Universidades Federais, vedada a subdelegação, para autorizar a cessão de seus servidores":

"Art. 3 Fica subdelegada competência aos reitores de Universidades Federais, vedada nova subdelegação, para autorizar a cessão de seus servidores, conforme disposto no art. 93 da Lei n de 1990, e no inciso I do art. 3 do Decreto n 4.050, de 12 de dezembro de 2001."

54. **Portanto, é efetivamente indicável que conste nos termos do Contrato a possibilidade de que haja a cessão dos servidores em atuação no Hospital Universitário à EBSEERH. Se não constar, isto deve ser feito através de Portaria de emissão pela Reitoria.**

55. Na **Cláusula Sexta**, das "Regras de Transição", o "período de transição" passou dos 12 meses previsto para 18 meses, segundo consta, em virtude de ser, segundo ali consta, o "tempo necessário para conseguirem efetivar a transição, já que deve ser um processo gradativo". Efetivamente, esse período se justificaria em razão da necessidade de adoção de inúmeras medidas de natureza burocrática e administrativa, essenciais para a assunção plena da gestão pela EBSEERH.

56. Acresceu-se, ainda, o Parágrafo Décimo: "A supressão de uma das habilitações credenciadas junto a Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES deverá ser previamente justificada à CONTRATANTE."

57. Na **Cláusula Sétima**, "das Obrigações e Responsabilidades da CONTRATADA", foi acrescida uma locução no item X, "mediante convênio firmado entre as partes".

58. No item XI, houve uma definição de prazo para a definição do "perfil" do HU.

59. No item XV foi acrescido que a "padronização dos insumos hospitalares" serão definidos "de acordo com as necessidades acadêmicas da CONTRATANTE", isto é, da UFSC.

60. Acresceu-se, ainda, o inciso XXXII, para que a CONTRATADA dê "transparência e preste contas, pública e regula(r)mente, em canais de amplo acesso, de todas as suas ações, em consonância com os princípios da lei do acesso à informação". (**acrescentar o "r"**).

61. Foi acrescida, ainda, a "**CLÁUSULA OITAVA - DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL**", de que "as questões associadas à Propriedade Intelectual de pesquisas realizadas no Hospital Universitário seguirão a legislação específica da CONTRATANTE e serão regidas por instrumentos jurídicos específicos".

62. Na "**Cláusula Nona - Das Obrigações e Responsabilidades da CONTRATANTE**", apesar da retirada da locução "cuja cessão seja pertinente, nas condições estipuladas no presente contrato", a obrigatoriedade de apresentação da relação de servidores continua, mas, muito logicamente, que as cessões, nomeações, etc..., como visto, deverão acontecer de forma oficial, a fim de cumprir a legislação de pessoal em vigor. A inoficiosidade da cessão de servidores da UFSC à EBSEERH pode gerar responsabilização funcional dos responsáveis (como pode ser visto do Acórdão da Auditoria do TCU a respeito).

63. Foi acrescido o item VIII. Entretanto, deve ser visto aqui que é a Autarquia UFSC que está sendo tratada como CONTRATANTE e não a autoridade administrativa que assinará o contrato. Portanto, se de interesse, aqui deve ser acrescido que "alguma autoridade administrativa" deva "prestar contas aos Conselhos", tipo a "Reitoria" ou o "Superintendente da EBSEH". **Entretanto, nesse caso do Superintendente, seria uma obrigação da empresa CONTRATADA e não da CONTRATANTE UFSC. Isto deve ser considerado previamente à assinatura dos termos contratuais (e, se for o caso, modificado/corrigido).**

64. Na "Cláusula Décima - Dos Cargos Diretivos do Hospital" (Nona na minuta já aprovada), item I, foi acrescida a obrigatoriedade de que o cargo de Superintendente seja ocupado por servidor "pertencente ao quadro permanente da UFSC".

65. No item III foi acrescido que "a seleção" do cargo de auditor será "submetida à apreciação da Diretoria Executiva", além da CONTRATADA, também da CONTRATANTE. Assim, **aqui é de ser questionado se a CONTRATANTE UFSC ainda terá uma Diretoria Executiva no HU. Se não tiver, não existirá ninguém da UFSC para apreciar a indicação do nome do auditor, o que sugere-se verificação/correção.**

66. Na "Cláusula Décima Primeira - Do Financiamento" foi acrescentado o "Parágrafo Segundo", onde consta que "fica vedado ao Hospital Universitário disponibilizar qualquer tipo de serviços ou leito hospitalar para atendimento de planos ou entidades de saúde privadas". **Salvo engano, tal disposição é redundante, pois essa obrigatoriedade já está prevista na própria cláusula, onde está grafado que os recursos serão provenientes do SUS e "de outras fontes de recursos públicos".**

67. Na "Cláusula Décima Segunda - Da Incomunicabilidade de Atos de Gestão de Recursos Humanos" foi trocada a expressão "mão-de-obra" por "força de trabalho". Segundo a doutrina, a expressão "mão-de-obra" estaria ultrapassada:

"MÃO DE OBRA supõe a ausência da crítica do que se faz. A "mão faz o que o outro pensa" – conceito ultrapassado, Fordista, mas que ainda nos atormenta diante das improvisações de boa parte de profissionais que entram em determinada profissão "na tora". No modelo Fordista (ultrapassado), havia uma desvantagem a mais do que hoje: os trabalhadores eram obrigados pelo modelo ditatorial de trabalho; estabelecia-se a perversa compreensão de que "nós pensamos" (os técnicos e cientistas) e vocês executam (os trabalhadores) sem ter participado do processo de "pensar" todas ou algumas das etapas que fossem importantes para o produto final. FORÇA DE TRABALHO supõe um processo integrado em que nem a técnica, nem a visão crítica do processo ficam dissociadas da execução. Não significa que quem executa tenha, necessariamente, que conhecer, de per si, todos os caminhos anteriores de pesquisa e de orientação prática. A força de trabalho, se assim for entendida, tem que ser crítica com foco nos resultados e, principalmente, considerar a segurança dos trabalhadores e dos usuários a que se destinam os serviços executados." (Em <http://www.recantodasletras.com.br/artigos/2603573>, acesso em 09.03.2016)

68. No que pertine ao tempo de vigência do contrato a ser firmado entre a UFSC e a EBSEH, previsto na sua **cláusula décima quarta**, o mesmo ficou assentado em dez anos.

69. Como consta do Memorando Circular Eletrônico nº 1/PGF/AGU, subscrito pelo Procurador Geral Federal, Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, o seu prazo, diante da especialidade da avença, não fica adstrito aos conhecidos limites estabelecidos pela legislação (a Lei 8.666/93). **Afirma-se, porém, que o mesmo deverá encontrar guarida e justificativa nos planos e metas, que farão parte do anexo VI deste contrato em tela, o qual, diga-se de passagem não encontram-se acostados aos autos.** Assim, reafirma-se que o prazo de vigência, mormente diante de sua longevidade (acima do previsto na Lei de Licitações), deverá encontrar resguardo no plano

de metas (o que deverá ser observado pela Administração).

70. **O foro de eleição do contrato é o da Justiça Federal de Florianópolis e não o do Distrito Federal.**

71. Os acréscimos ou alterações que venham a beneficiar a UFSC, no sentido de melhor protegê-la em face da contratualização, logicamente que, se aceitos, podem restar normatizados no texto. Os ilegais demais devem ser alterados, como indicado. O correto seria que a Minuta-Padrão fosse a adotada em todos os seus termos, pois devidamente analisada pela Advocacia-Geral da União.

72. Portanto, além das modificações ora detectadas, trata-se de minuta já previamente aprovada pela AGU, o que a legitima e torna desnecessário expender longas digressões sobre seu teor.

73. Desde logo, é importante destacar que deve constar nos autos todos os ANEXOS ali citados.

74. Por fim, o Decreto nº 7.661, de 2011, que aprova o Estatuto Social da EBSEERH, dispõe no art. 13, inciso V, que compete ao Conselho de Administração da EBSEERH aprovar os contratos previstos no art. 6º da Lei nº 12.550, de 2011.

75. Pode ser informado que as ações da empresa EBSEERH já são objeto de Auditoria do Tribunal de Contas da União, com acórdão assim ementado:

AUDITORIA DE NATUREZA OPERACIONAL COM O OBJETIVO DE AVALIAR AS AÇÕES DA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSEERH) VOLTADAS PARA MELHORIA DA GESTÃO E DA INFRAESTRUTURA DOS HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS (HUF), BEM COMO AVALIAR A SUBSTITUIÇÃO DOS TERCEIRIZADOS QUE ATUAM COM VÍNCULO PRECÁRIO NESSAS UNIDADES HOSPITALARES. CONSTATAÇÃO DOS RESULTADOS POSITIVOS ADVINDOS DA ATUAÇÃO DA EBSEERH NO APRIMORAMENTO DA GESTÃO HOSPITALAR E NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE OFERTADOS. OPORTUNIDADES DE MELHORIAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. DETERMINAÇÕES DO TRIBUNAL RELATIVAS À SUBSTITUIÇÃO DOS TERCEIRIZADOS IRREGULARES AINDA NÃO PLENAMENTE CUMPRIDAS. NOVAS DETERMINAÇÕES DIRIGIDAS ÀS UNIVERSIDADES ÀS QUAIS SE VINCULAM HOSPITAIS QUE NÃO ADOTARAM MEDIDAS PARA CORREÇÃO DO PROBLEMA (AC-2983-46/15-P Colegiado: Plenário Relator: BRUNO DANTAS Processo: 032.519/2014-1)

76. Podem ser citados os seguintes excertos colhidos do relatório dessa auditoria do TCU:

"III. Contratualização com o SUS e inserção dos hospitais na Rede de Atenção à Saúde

56. A contratualização dos hospitais no âmbito do SUS é um acordo pactuado entre o gestor de saúde e o prestador de serviços, cujo objeto é integrar o hospital no SUS e definir sua inserção na rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde.

57. A contratualização se materializa em um instrumento (contrato, acordo, convênio etc) que estabelece direitos e deveres das partes, sistematiza o repasse de recursos públicos, define mecanismos de subordinação às diretrizes das políticas de saúde do SUS e é um dispositivo de regulação e avaliação dos resultados na prestação de serviços de saúde. O Documento Descritivo é um instrumento que acompanha o termo de contratualização, contém a descrição das metas quantitativas, das metas qualitativas e indicadores de monitoramento.

58. O presente capítulo trata sobre a questão de auditoria que buscou verificar a situação dos

HUF com o Sistema Único de Saúde (SUS), nesse aspecto, de modo a observar se todos possuem os instrumentos de contratualização válidos, se é realizada a avaliação periódica pela Comissão de Acompanhamento da Contratualização (CAC) do cumprimento das regras e metas estabelecidas no documento descritivo, além da atuação da Ebserh Sede nesse processo.

59. Em relação à atuação da Ebserh, foi observado que dentre os três objetivos de resultado no Mapa Estratégico da empresa encontra-se o objetivo de melhorar o desempenho da contratualização SUS (Apêndice A).

60. A Coordenação de Regulação Assistencial e Contratualização Hospitalar da Ebserh descreveu, no ofício 116/2015-GAB/EBSERH/MEC (peça 172, p. 33), que o grau de envolvimento da Ebserh Sede no processo de contratualização depende das especificidades e/ou necessidades de cada HUF. A sede atua oferecendo apoio e cooperação técnica aos HUF no desenvolvimento do respectivo instrumento contratual, participa de agendas realizadas com os dirigentes do hospital e/ou com os gestores do SUS, e também participa da análise e disponibilização de informações estratégicas afetas a contratualização (produção, financiamento, participação em políticas prioritárias), da mediação de conflitos em alguns casos, dentre outras formas de atuação.

61. A coordenação descreve ainda que a participação da Ebserh Sede no processo de estabelecimento de metas e indicadores se dá mediante a disponibilização de documentos orientadores, análise da minuta de contratos e reuniões com os HUF. Quando demandada, a sede disponibiliza a série histórica de produção para o estabelecimento de metas, uma das referências para esse fim. Quanto aos indicadores, alguns são de caráter obrigatório (Portaria GM/MS 3.410/2013) e outros dependem da realidade de cada hospital e de acordos estabelecidos junto à gestão do SUS.

62. Ainda, a coordenação informa que está em curso o desenvolvimento de uma ferramenta gerencial denominada Sistema de Gestão dos Contratos SUS (SGC-SUS), que conterà um módulo de monitoramento e avaliação com vistas ao acompanhamento, de caráter mais estratégico, do cumprimento das metas e indicadores estabelecidos nos documentos descritivos dos HUF.

63. Os hospitais HUB-UnB, HU-UFMA, HUOL-UFRN, HUCAM-UFES, HC-UFTM e HUPI-UFPI foram questionados sobre a atuação da Ebserh Sede no processo de contratualização nas visitas realizadas pela equipe de auditoria e por meio de ofícios. Os hospitais relataram que a Ebserh tem contribuído bastante nesse sentido, como, por exemplo, no HU-UFMA, onde foi exposto que técnicos da Coordenadoria de Regulação Assistencial e Contratualização Hospitalar da Ebserh Sede participaram ativamente, em São Luis/MA, das reuniões entre técnicos da secretaria municipal de saúde e do HUF, intermediando as negociações e auxiliando na elaboração do instrumento formal de contratualização e respectivo documento descritivo."

"201. No contexto de baixa substituição de terceirizados com vínculo precário nos HUF não filiados à Ebserh, o maior risco é a perpetuação no tempo dessa situação, o que, inclusive, já está ocorrendo, considerando que o Acórdão do 1.520/2006-TCU-Plenário data de 23/8/2006, ou seja, já se passaram quase nove anos que essa situação foi objeto de deliberação por parte deste Tribunal.

202. Além disso, segundo os Acórdãos 1.520/2006-TCU-Plenário e 2.681/2011-

TCU-Plenário, é inequívoco que a contratação de trabalhadores terceirizados para o exercício de tarefas próprias de servidores públicos afronta direta ao princípio da seleção mediante concurso público, previsto na Constituição Federal, além de afronta à lei trabalhista, que restringe as possibilidades de terceirização às atividades-meio de qualquer organização, pública ou privada, e, ainda assim, condicionada à inexistência de relação de pessoalidade e subordinação direta.

IV.2.5 Conclusão 203. De modo geral, observa-se que os HUF não filiados à Ebserh não estão substituindo os terceirizados, apesar das determinações e dos prazos constantes dos Acórdãos 1.520/2006-TCU-Plenário e 2.681/2011-TCU-Plenário. Além disso, verifica-se que não há sequer cronograma para substituição dos terceirizados. Portanto, no caso desses hospitais, essa situação está se perpetuando no tempo sem solução a contento."

"208. Foram emitidos ofícios de requisição a todos os hospitais filiados à Ebserh no intuito de apurar se existe cessão formalizada dos servidores pertencentes ao regime jurídico único (RJU) à Ebserh, uma vez que a pluralidade de gestões dentro de um mesmo ambiente, no caso os hospitais universitários, seria um contra-senso capaz de gerar problemas de hierarquia funcional, pois alguns funcionários estariam subordinados à gestão da Ebserh e outros, da universidade. Dessa forma, as filiais Ebserh responderam ao referido ofício conforme o disposto no Quadro 6."

IV.3.4 Efeitos e riscos decorrentes da situação encontrada

211. A falta de cessão dos servidores estatutários à Ebserh pode gerar conflitos de gestão e de hierarquia funcional, em que os servidores poderão suscitar que estão subordinados ao reitor da universidade, e não à gestão da Ebserh. Além disso, não faz sentido que a estrutura organizacional do hospital seja gerida por uma gestão paralela à Ebserh, no caso a universidade. Todos os funcionários devem estar vinculados a uma mesma gestão, o que Chiavenato (2003) nomeia de "cadeia de comando" ou "linha de autoridade".

IV.3.5 Conclusão

212. A não cessão à Ebserh de servidores estatutários que atuam nos hospitais universitários está em desacordo com o conceito de estrutura organizacional, que, para Chiavenato (2003), constitui uma cadeia de comando, ou seja, uma linha de autoridade que interliga as posições da organização e define quem se subordina a quem. Assim, observa-se que existem, no âmbito de um mesmo ambiente, duas cadeias de comando: uma referente à Ebserh e outra à universidade. Tal distorção pode gerar conflitos de gestão e de hierarquia funcional.

IV.3.6 Propostas

213. Diante da situação exposta, propõe-se recomendar às Universidades constantes do quadro abaixo e ao Ministério da Saúde que formalizem a cessão, caso ainda não o tenham feito, de todos os servidores que atuam no âmbito dos HUF filiados à Ebserh, conforme indicado no art. 7º da Lei 12.550/2011."

"V. Gestão Ebserh e seu impacto nos Hospitais Universitários Federais

216. Uma das áreas de atuação da Ebserh é no sentido de modernizar a gestão dos HUF, com vistas a preservar e reforçar o papel estratégico desempenhado por essas instituições no tocante à formação de profissionais na área de saúde e prestação de assistência à saúde da população, integralmente no âmbito do SUS. Vale frisar que a Ebserh, a partir de sua criação,

passou a ser responsável pela gestão do Programa de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (Rehuf).

217. Dessa forma, ressalta-se o esforço da empresa no sentido de implementar um modelo de articulação e gestão da Ebserh Sede e os hospitais filiados. Uma das ações adotadas nesse sentido foi o projeto "Modelo de Relacionamento Ebserh e Hospitais Universitários Federais", realizado em parceria com o Hospital Sírio Libanês. O objetivo desse projeto é apoiar a entidade na definição das diretrizes de relacionamento com a rede de HUF e, conseqüentemente, no fortalecimento operacional de suas diretorias (peça 172, p. 2).

218. A utilização do Aplicativo de Gestão para Hospitais Universitários (AGHU) como padrão para todos os HUF da rede Ebserh é uma das estratégias adotadas pela empresa no sentido de padronizar práticas assistenciais e administrativas dos hospitais, permitindo a criação de indicadores nacionais e, conseqüentemente, facilitando a formulação de programas voltados para a melhoria da gestão dos HUF.

219. Durante as visitas aos HUF filiados à Ebserh, foi possível observar que a implantação do aplicativo supracitado, que é composto por diversos módulos, encontra-se em estágio diferente nos hospitais da rede (quadro completo de módulos implantados por hospital à peça 172, p. 7-12). Tal situação era esperada, pois a implantação de cada um dos módulos depende do nível de maturidade de cada hospital no uso do aplicativo, o que demanda tempo. Foi possível notar que o aplicativo, de fato, traz melhorias na gestão dos hospitais da rede, em virtude, principalmente, da padronização de procedimentos, dando maior capacidade para a Ebserh de gerir sua rede e sanar problemas comuns enfrentados.

220. A Ebserh Sede também atua na realização de aquisições centralizadas, incluindo compras de materiais e equipamentos, além da contratação de melhorias de infraestrutura e serviços considerados estratégicos.

221. Outra ação realizada pela Ebserh no sentido de estabelecer e aprimorar seu modelo de gestão nos HUF é o projeto "Caderno de Processos e Práticas das Filiais Ebserh", realizada pela Diretoria de Gestão de Processos e Tecnologia da Informação (DGPTI), visando mapear boas práticas, inicialmente junto a seis hospitais filiados, em relação a um conjunto de 75 processos de trabalho relacionados a ambulatório, internação, farmácia, suprimentos, gestão de pessoas, gestão de obras e engenharia clínica.

222. De acordo com a resposta apresentada pela Ebserh (peça 172, p. 13), com a iniciativa relatada acima já seria possível identificar resultados a curto prazo, considerando que as próprias unidades hospitalares passaram a questionar e propor melhorias em seus próprios processos de trabalho.

223. Ademais, a médio prazo, a realização do projeto proporcionaria o "alinhamento da sede com as realidades identificadas nos hospitais, subsidiando a unidade central nas definições de normativos e diretrizes para suas filiais". A longo prazo, permitiria a conversão da atuação das filiais em processos padronizados com práticas recomendadas e não recomendadas.

224. Percebe-se, portanto, que a empresa tem envidado esforços no sentido de aprimorar seu modelo de gestão. Conforme é relatado em sua resposta (peça 172, p. 12), o modelo de gestão da Ebserh está sendo difundido para seguir na linha de gestão por processos baseada em boas práticas, incluindo as elaboradas nos projetos do hospital Sírio-Libanês e em outros projetos, tais como: projeto Columbus, Catalunha, modelo do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (incorporado no AGHU) e o caderno de processos e práticas dos HUF.

225. Entretanto, importa registrar que a implantação de um novo modelo de gestão não é

algo trivial. Conforme menciona em sua resposta, as principais dificuldades enfrentadas pela Ebserh na implantação do seu modelo de gestão, tanto na sede quanto nas filiais, relacionam-se com a diversidade e complexidade dos processos de trabalho dos HUF que aderiram à empresa, bem como o nível de maturidade da governança, que está passando por capacitações para que se alinhe ao modelo de gestão definido pela empresa (peça 172, p. 13)."

"239. O uso da UG antiga em detrimento da UG da filial Ebserh ou a atuação concomitante dessas UGs prejudica a confiabilidade das informações financeiras do respectivo HUF. Além disso, a gestão da UG atuante em alguns hospitais está vinculada à universidade, e não à Ebserh, em desacordo ao art. 4º da Lei 12.550/2011, a exemplo do HU-UFMA e do HC-UFTM, no que pese o tempo decorrido desde a assinatura do contrato com a Ebserh.

V.1.6 Propostas

240. Diante do exposto, propõe-se determinar à Ebserh que promova a transferência total da gestão financeira de cada um dos hospitais filiados para a respectiva Unidade Gestora (UG) da Ebserh Filial, com as respectivas sub-rogações dos contratos que se fizerem necessárias.

V.1.7 Benefícios esperados

241. O benefício ao atender plenamente a determinação exarada é no sentido de que a Ebserh tenha, de fato, condições para desenvolver a gestão plena dos hospitais a ela filiados. Além disso, a centralização em apenas uma Unidade Gestora das atividades orçamentárias e financeiras se faz necessária para que se tenham dados completos e transparentes."

"VIII. Conclusão

334. Este relatório trata de auditoria de natureza operacional realizada na Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) em que se buscou avaliar as ações desta empresa voltadas para a melhoria da gestão e infraestrutura dos Hospitais Universitários Federais, bem como avaliar a substituição dos terceirizados que atuam em desacordo com Decreto 2.271/1997.

335. A auditoria também envolveu os hospitais universitários, tanto aqueles que já aderiram à gestão da empresa ou manifestaram interesse em fazê-lo (39 HUF), quanto aqueles que ainda não manifestaram interesse em aderir à Ebserh (nove HUF).

336. Quatro questões de auditoria orientaram a execução da fiscalização: a primeira relacionada as melhorias na gestão dos HUF proporcionadas pela Ebserh; a segunda sobre as melhorias na infraestrutura física e tecnológica desses hospitais; a terceira sobre a atuação da Ebserh no processo de contratualização dos hospitais com o SUS; e, a quarta pergunta sobre a questão do quadro de pessoal dos HUF, abrangendo o problema da substituição dos terceirizados irregulares que atuam nos HUF.

337. A respeito das melhorias na gestão dos HUF, fruto da atuação da Ebserh, foram identificadas ações positivas, tais como: projeto realizado em parceria com o Hospital Sírio Libanês sobre o modelo de relacionamento entre a Ebserh Sede e hospitais filiados; implantação e disseminação do uso Aplicativo de Gestão Hospitalar Universitário (AGHU), que tem proporcionado padronização de procedimentos administrativos e hospitalares, dando maior capacidade para a Ebserh de gerir sua rede e sanar problemas comuns enfrentados por suas filiais; e o projeto "Cadernos de Processos e Tecnologia da Informação", realizada pela Diretoria de Gestão de Processos e Tecnologia da Informação da Ebserh, cujo objetivo é

mapear boas práticas e disseminá-las para toda rede. Tais ações demonstram a preocupação da Ebserh em melhorar a gestão dos HUF e aprimorar seu próprio modelo de gestão.

338. Com relação às melhorias na infraestrutura física e tecnológica, também foram identificadas ações positivas da Ebserh, cabendo ressaltar os benefícios trazidos com o processo de aquisições centralizadas a cargo da Ebserh Sede, que tem proporcionado melhorias nos hospitais no que se refere a equipamentos hospitalares.

339. No processo de contratualização dos HUF com o SUS também foram identificadas ações positivas protagonizadas pela Ebserh em sua rede de filiados. Conforme foi relatado à equipe nas entrevistas com os gestores dos hospitais visitados, a Ebserh Sede atua oferecendo apoio e cooperação técnica aos HUF no desenvolvimento do respectivo instrumento contratual, participa de agendas realizadas com os dirigentes do hospital e/ou os gestores do SUS, participa da análise e disponibilização de informações estratégicas afetas a contratualização, da mediação de conflitos, dentre outras formas de atuação. Cabe destacar que a contratualização do hospital com o SUS é iniciativa precípua do gestor do SUS, uma vez que ele é o contratante dos serviços do hospital, razão pela qual as iniciativas tomadas pela Ebserh no sentido de aprimorar esse processo são de suma relevância para o bom funcionamento do HUF e da rede local em que ele está inserido.

340. Cabe citar, ainda, que a Ebserh está desenvolvendo um sistema de gestão dos contratos com o SUS, que conterà um módulo de monitoramento e avaliação do cumprimento de metas e indicadores estabelecidos nos documentos de contratualização com o SUS dos hospitais a ela filiados.

341. Em relação à substituição de terceirizados, verificou-se que, no âmbito dos HUF filiados à Ebserh, embora tenham sido contratados 11.809 profissionais mediante concurso público, o que, praticamente, se equivale ao número de terceirizados irregulares que atuavam nesses hospitais antes da adesão à empresa, apenas 31% dos terceirizados que estavam em situação irregular, ou seja, em desacordo com o Decreto 2.271/1997, foram demitidos. Todavia, alguns hospitais filiados se destacam em virtude do estágio avançado de substituição, a exemplo do HUB-UnB, HUCAM-UFES, HUOL-UFRN, HUJM-UFMT, HUSM-UFSM e HULW-UFPA. Importante ressaltar que, com relação à substituição de terceirizados irregulares nos HUF não filiados, praticamente não há qualquer ação voltada para tal fim, conforme tratado em um dos achados de auditoria."

III - CONCLUSÃO

77. Ante o exposto, é de ser concluído que:

a) Havendo interesse público no trespasse provisório do bem em questão, como ato de "colaboração", e estando o ajuste em consonância com os objetivos da UFSC, a ser devidamente justificado nos autos, é possível **em tese** se valer do instituto da **cessão de uso onerosa ou condicionada** para o presente caso, sem necessidade de licitação ou autorização legislativa, sendo que as vantagens e desvantagens, bem como as limitações que ela apresenta, devem ser sopesadas pelas autoridades envolvidas;

b) O interesse público no trespasse da "posse" deve ser devidamente justificado e estar em consonância com os objetivos da UFSC, tudo na forma do § 1º do artigo 50 da Lei 9.784/99;

c) A **cessão de uso dos bens** (no caso, onerosa ou condicionada) depende de decisão prévia da Administração, prazo determinado, avaliação do imóvel, manifestação técnica (perfeita delimitação, podendo seguir

as ONs da SPU) e autorização do Conselho Universitário e Autoridades competentes, nos termos do Estatuto e Regimento Interno da UFSC;

d) Os imóveis públicos das instituições federais de ensino - IFES não serão doados ou cedidos gratuitamente, seja qual for a modalidade do bem, nos termos da Lei nº 6.120/74, permitindo-se ali enxergar, em contrário senso, a possibilidade de cessão de uso onerosa.

e) O Decreto-lei nº 9.760/46 e a Lei nº 9.636/98 também são utilizados para o caso, por também se tratar de bem da União (*lato sensu*), mas de forma subsidiária ao definido pela lei especial de nº 6.120/74 (os desnecessários deverão ser vendidos, através de "contrato de compra e venda", como dito na lei especial);

f) Apesar da minuta do contrato de gestão gratuita já ter sido apreciada pela PGF/AGU, algumas modificações foram apresentadas. Assim, procurou-se analisá-las de forma detida e sugestões foram, ora, apresentadas, quando se indica apreciação (devidamente negritadas no corpo do presente parecer).

78. Isto posto, ressalvados os aspectos técnicos e da conveniência e oportunidade e uma vez dirimidas as constatações acima, com a adequação aos termos da lei que criou a EBSEH, não se verifica a existência de óbice jurídico à assinatura, visto que o conteúdo da minuta em análise se encontra na forma do art. 6º, § 1º, da Lei nº 12.550/2011, razão pela qual manifestamo-nos pela **APROVAÇÃO** condicionada à regularização dos tópicos antes mencionados.

79. A contratação deverá ser realizada por dispensa de licitação, conforme autoriza o artigo 5º da Lei 12.550, mediante o reconhecimento e ratificação dessa hipótese, observando-se o disposto no artigo 26 da Lei 8666, de 1993.

80. Especificamente no que diz respeito aos documentos anexos ao contrato, reitera-se que os aspectos pertinentes ali tratados deverão ser analisados pelas áreas técnicas competentes, tanto no que diz respeito à sua adequação, como também no que se refere a sua exequibilidade.

81. Da mesma forma, a Administração (e Conselhos) deve ficar vigilante e fiscalizar permanentemente a consecução da contratualização ora sendo operada.

82. Sugere-se atentar ao contido na Auditoria já realizada pelo TCU, a fim de que as falhas ali encontradas sejam devidamente e formalmente cobradas para o presente caso do Hospital Universitário Professor Polydoro Ernani de São Thiago.

83. Destaca-se que, em sendo atendidas as recomendações, o feito não requer o retorno dos autos, conforme Enunciado nº 05, do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, segundo o qual não se revela necessário que o Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronuncie-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas em anterior manifestação jurídica, desde que suas orientações explicitem, se for o caso, os termos das cláusulas que o Advogado Público entenda adequadas.

84. É como opino, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise jurídica desta Procuradoria.

Salvo melhor juízo.

Atenciosamente,

Florianópolis, 08 de março de 2016.

CÉSAR DIRCEU OBREGÃO AZAMBUJA
PROCURADOR FEDERAL
PROCURADOR-CHEFE
PF-UFSC

[1] Em *Manual de Direito Administrativo*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 18 ed. 2007. p. 1243.

[2] Em *Direito Administrativo Moderno*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., 1998, p. 260;

[3] Filho, José Carvalho dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 1089. As referências legais na citação se dão em relação ao Decreto-lei nº 9.760 de 1946 e à Lei nº 9.636, de 1998.

[4] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 768-771.

[5] Art. 2º , LICC: “*Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. o § 1 A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2 A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. o § 3 Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.*” Pelo **critério hierárquico**, a lei superior revoga lei inferior, e o **da especialidade, que determina que a lei especial revogue a geral (ou tenha validade), mesmo tendo sido editada posteriormente e com esta conflite.**

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23080008033201626 e da chave de acesso a55f8ad6