UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

REILA CABRAL SASSO

**A constitucionalidade e a conveniência da concessão administrativa criada pela Lei nº
11.079/2004 para a máxima efetivação do direito fundamental à saúde**

Ribeirão Preto

2016

REILA CABRAL SASSO

**A constitucionalidade e a conveniência da concessão administrativa criada pela Lei nº
11.079/2004 para a máxima efetivação do direito fundamental à saúde**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. Versão Corrigida. A original encontra-se disponível na Biblioteca da FDRP/USP.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira

Ribeirão Preto

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

S252c

SASSO, Reila Cabral

A constitucionalidade e a conveniência da concessão administrativa criada pela Lei nº 11.079/2004 para a máxima efetivação do direito fundamental à saúde / Reila Cabral Sasso ; orientador Gustavo Assed Ferreira. -- Ribeirão Preto, 2016.

170 f.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. SAÚDE. 2. SAÚDE COMPLEMENTAR. 3. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. 4. CONSTITUCIONALIDADE. 5. CONVENIÊNCIA. I. Ferreira, Gustavo Assed, orient. II. Título

Nome: SASSO, Reila Cabral

Título: A constitucionalidade e a conveniência da concessão administrativa criada pela Lei nº 11.079/2004 para a máxima efetivação do direito fundamental à saúde

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.
Versão Corrigida.

Aprovada em ____ de _____ de 2016

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Aos meus pais, Luis Renato e Mildred, com amor e gratidão pelo apoio e ensinamentos ao longo de toda a minha caminhada pela vida, em especial ao incentivo para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

SASSO, Reila Cabral. **A constitucionalidade e a conveniência da concessão administrativa criada pela Lei nº 11.079/2004 para a máxima efetivação do direito fundamental à saúde.** 2016. 170 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

A presente pesquisa busca verificar a constitucionalidade da aplicação da concessão administrativa para a contratação de particulares na atuação complementar junto ao Sistema Único de Saúde - SUS, assim como a sua conveniência, no plano teórico, para a máxima efetivação do direito fundamental à saúde. Para tanto, desenvolve um exame das transformações na concepção do Estado e de suas funções até o momento atual, destacando os novos papéis da Administração Pública e os seus reflexos no campo do direito administrativo e na evolução de seus institutos. Na sequência analisa a repercussão do modelo gerencial de Administração Pública nos sistemas mundiais de saúde e no brasileiro, com enfoque para a participação privada nos serviços públicos de saúde. Realiza um mapeamento do direito à saúde, a partir do conceito do bem jurídico “saúde” e dos seus princípios constitucionais. A partir de uma abordagem das diversas concepções de serviço público inclui nesta categoria os serviços de saúde prestados, direta ou indiretamente, pelo Estado no âmbito do SUS. Ainda, explora os mecanismos definidos na Constituição Federal para a participação privada complementar, os convênios e os contratos de direito público, além do contexto histórico em que estes ajustes foram inseridos no texto constitucional. Após, o estudo se direciona para as novas parcerias nos serviços públicos de saúde, criadas por leis posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, verificando que os contratos de gestão (Lei nº 9.637/98) e as concessões administrativas (Lei nº 11.079/2004) são ajustes adequados para a transferência da gerência destes serviços à particulares. Na sequência, efetiva a contextualização da concessão gênero e da sua espécie concessão administrativa, por meio de uma síntese histórica da utilização destas ferramentas no Brasil e da averiguação dos regimes jurídicos das concessões translativas, em especial, os aspectos peculiares da concessão administrativa que a tornam conveniente para sua aplicação ao SUS. Por fim, conclui pela constitucionalidade desta modalidade de parceria público-privada (em sentido estrito) nos serviços públicos de saúde, assim como pela sua conveniência, no plano teórico, para a máxima efetivação do direito à saúde.

Palavras-chave: Saúde. Saúde complementar. Concessão administrativa. Constitucionalidade. Conveniência.

ABSTRACT

SASSO, Reila Cabral. **The constitutionality and convenience of administrative concession created by Law nº 11.079/2004 for effective improve in healthy fundamental rights.** 2016. 170 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

This study aims to analyses the constitutionality of using administrative concession to hire private sector in order to work in partnership with “Sistema Único de Saúde – SUS”, it also analyses how this partnership can act to bring effective improvements in healthy fundamental rights. The paper describes the changes of State concept and its roles until now, highlighting the new roles of Public Management and its effect in Administrative Rights field and its entities evolution. After that, the analysis is focused on the repercussion of Public Management model in healthy system over the world and Brazil, detailing the private sector participation in healthy public services. The study analyses the right to healthy from the juridical concept of “healthy” and its constitutional principles. Also it approaches the different concepts of public services including the healthy services provided, direct or indirect, by the State though SUS. The paper analyses the mechanisms defined in Federal Constitution to guide private sector complementary participation, agreements, and public right contracts; it also describes the historical context in which these mechanisms were included in Federal Constitution. After that, the study approaches the new partnerships in healthy public services originate by laws created after 1988 Federal Constitution, it verifies that the management contracts (Law nº 9.637/98) and administrative concessions (Law nº 11.079/2004) are correct changes in law to guarantee the properly transfer of services management to private sector. There is a description of concession and administrative concession concepts based on historical resume of the utilization of these juridical tools in Brazil and on checking the juridical aspects of transmission concessions, mainly the peculiar aspects of administrative concession that are key factors for using this tool in SUS. At the end, the paper concludes for the constitutionality of this model of public/private partnership (strict concept) in healthy public services, as its convenience to bring effective improvements in healthy fundamental rights.

Key Words: Healthy, Complementary Healthy, Administrative concession, Constitutionality, Convenience.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
1.1 Material e métodos	15
1.2 As transformações na concepção de Estado e de suas funções	17
1.2.1 Reflexos nos sistemas mundiais de saúde	23
1.2.2 Reflexos no sistema de saúde brasileiro	27
 2 O DIREITO À SAÚDE	 33
2.1 Conceito de saúde	33
2.2. Atenção à saúde e assistência à saúde (NOB 1/96)	35
2.3 Direito fundamental à saúde	36
2.4 A saúde e a ordem constitucional brasileira	38
2.5 Máxima efetivação do direito à saúde	40
2.6 Classificação dos serviços de saúde	43
2.7 Sistema de saúde brasileiro	47
2.7.1 Distinção entre a participação privada complementar e suplementar nos serviços de saúde.....	48
2.8 Serviços públicos de saúde.....	49
2.8.1 Formas de prestação	50
2.8.2 Complementariedade na Constituição Federal	51
2.8.3 Preferência por entidades sem fins lucrativos	54
 3 AS PARCEIRAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO NA SAÚDE COMPLEMENTAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	 57
3.1. Distinção entre convênio e contrato de direito público	61
3.2 Contratos de direito público	64
3.2.1 Teoria do contrato administrativo	64
3.2.2 Contratos de Direito Público no âmbito do Sistema Único de Saúde	68
3.3 Convênios	70
 4 NOVAS PARCERIAS NA SAÚDE COMPLEMENTAR	 81
4.1 Contratos de gestão com as organizações sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)	81
4.1.1 Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 1923-5	86

4.1.2	<i>Organizações sociais nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios</i>	93
4.1.3	<i>Contratos de gestão com as organizações sociais e a Lei nº 13.019/2004</i>	95
4.2	<i>Termos de parcerias com as organizações da sociedade civil de interesse público – Oscip’s (Lei nº 9.790, de 23 de junho de 1999)</i>	97
4.2.1	<i>Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios</i>	99
4.2.2	<i>Termos de parcerias com as organizações da sociedade civil de interesse público e a Lei nº 13.019/2004</i>	99
4.3	<i>Termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação com as organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014)</i>	101
4.4	<i>Concessão administrativa (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004)</i>	101
5	CONCESSÃO ADMINISTRATIVA	107
5.1	<i>Histórico</i>	107
5.2	<i>Concessão gênero e espécies</i>	109
5.2.1	<i>Concessão comum</i>	110
5.2.2	<i>Parcerias público-privadas</i>	113
5.2.2.1	<i>Breve introdução à Lei nº 11.079/2004</i>	114
5.2.2.2	<i>Concessão patrocinada</i>	117
5.2.2.3	<i>Concessão administrativa</i>	119
5.2.2.4	<i>Principais pontos do regime jurídico das parcerias público-privadas</i>	120
5.3	<i>As utilizações da concessão administrativa no âmbito da participação privada complementar ao SUS</i>	123
5.3.1	<i>Atividade fim e atividade meio</i>	123
5.3.2	<i>A gestão associada dos serviços públicos de saúde e a concessão administrativa</i>	129
6	CONSTITUCIONALIDADE E CONVENIÊNCIA DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NA ÁREA DA SAÚDE	133
6.1	<i>A constitucionalidade da concessão administrativa para a participação privada complementar ao SUS</i>	133
6.1.1	<i>Interpretação da expressão “complementar” do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal</i>	133
6.1.2	<i>Interpretação da expressão “contrato de direito público” do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal</i>	139
6.1.2.1	<i>A natureza jurídica do instituto da concessão</i>	139
6.1.2.2	<i>A natureza jurídica da concessão administrativa</i>	140
6.1.3	<i>Preferência constitucional pelas entidades sem fins lucrativos</i>	143

6.2 A conveniência da concessão administrativa para a participação privada complementar ao SUS	146
6.2.1 <i>Conveniência da concessão administrativa no que tange ao seu regime jurídico</i>	147
6.2.1.1 Comparação com o regime jurídico da Lei nº 8.666/93	147
6.2.1.2 Comparação entre a concessão administrativa e a concessão comum	148
6.2.1.3 Malefícios a serem evitados	148
6.2.2 <i>Conveniência da concessão administrativa no plano prático</i>	150
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS E RESULTADOS	155
7.1 <i>Conclusão</i>	159
7.2 <i>Sugestões para trabalhos futuros</i>	161
REFERÊNCIAS	163

1 INTRODUÇÃO

1.1 Material e métodos

O presente trabalho busca responder a duas perguntas centrais: se a aplicação da concessão administrativa para a contratação de particulares nos serviços públicos de saúde é constitucional? E, se constitucional, se é um instrumento conveniente, no plano teórico, para a máxima efetivação do direito à saúde?

Dessa forma, a hipótese do trabalho é a constitucionalidade do contrato de concessão administrativa aplicado aos particulares que atuam complementarmente ao Sistema Único de Saúde (SUS), tornando-se mais uma ferramenta disponível ao gestor público para a efetivação do direito à saúde, conforme o caso concreto.

Para tanto, o material de pesquisa foi colhido a partir de obras e de artigos que tratam do tema, nacionais e estrangeiros, além de textos legais, suas respectivas justificativas ou exposições de motivos, e de julgados recentes que se reportem ao tema proposto, com enfoque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF. Foram extraídos dados de endereços eletrônicos oficiais dos governos federal, estaduais, distrital e municipais sobre a participação privada na saúde e dos projetos de parcerias público-privadas em andamento deste setor.

Foram utilizadas tanto fontes impressas quanto fontes eletrônicas, no caso de artigos e documentos publicados em sites de revistas de Direito Administrativo, publicações do Conselho Nacional de Secretário de Saúde (CONASS) e do Ministério da Saúde, bem como pesquisas em base de dados como Dedalus, SciELO, entre outras, além de diversos trabalhos acadêmicos que tratam do tema.

Os métodos de pesquisa seguiram as formas dedutiva e indutiva.

Em relação ao método dedutivo, a partir de uma abordagem em movimentos ora históricos, ora jurídicos, é feita uma análise atual do conceito do serviço público da saúde e das suas diretrizes constitucionais, da concessão administrativa e da utilização deste instituto na área da saúde, relacionada com a persecução da máxima efetivação deste direito fundamental em busca do desenvolvimento no Brasil, para o entendimento coerente e crítico da possível utilização da concessão administrativa no setor e suas consequências jurídicas.

A abordagem indutiva permitirá traçar o entendimento da aplicação da concessão administrativa no direito brasileiro a partir da análise do quanto redigido por autores consultados e dos projetos já em andamento. Deve-se ainda definir o tratamento normativo e jurisprudencial dispensado ao tema.

A parte introdutória se inicia com o estudo das transformações na concepção de Estado e de suas funções até o momento atual, destacando-se os novos papéis da Administração Pública e os seus respectivos reflexos no campo do direito administrativo e na evolução de seus institutos. Na sequência será analisada a repercussão do modelo gerencial de Administração Pública nos sistemas mundiais de saúde. Por fim, será feita um breve exame sobre o histórico do sistema de saúde brasileiro, com enfoque para a participação privada nos serviços públicos de saúde.

No Capítulo 2 é realizado um mapeamento do direito à saúde, a partir do conceito do bem jurídico “saúde”, da distinção entre as expressões “atenção à saúde” e “assistência à saúde”, destacando os seus princípios constitucionais. Com uma abordagem dos diversos conceitos de serviço público efetiva-se um enquadramento dos serviços de saúde prestados, direta ou indiretamente, pelo Estado no âmbito do SUS. Em seguida, após a análise do sistema de saúde brasileiro e as suas vertentes pública e privada, faz-se uma descrição do SUS e dos serviços públicos de saúde, esclarecendo as possíveis formas de prestação neste âmbito.

O Capítulo 3 se norteia pela análise minuciosa dos mecanismos definidos na Constituição Federal para a participação privada complementar ao SUS, os convênios e os contratos de direito público, além do contexto histórico em que estas ferramentas foram inseridas no texto constitucional.

Após, no Capítulo 4, o estudo se direciona para as novas parcerias nos serviços públicos de saúde, em modelos contratuais previstos em leis posteriores à promulgação da Constituição Federal, com o intuito de verificar quais são os ajustes adequados para a transferência da gerência destes serviços aos particulares.

No Capítulo 5 o enfoque central é as concessões gênero e a sua espécie concessão administrativa. Busca-se uma síntese histórica do uso das concessões no Brasil e uma análise dos regimes jurídicos das concessões translativas, em especial, os aspectos peculiares da concessão administrativa para que se verifique a conveniência ou não de sua aplicação aos serviços públicos de saúde e os seus possíveis usos.

Por fim, o Capítulo 6 tem como objetivo reunir todas as informações anteriormente levantadas e responder as duas perguntas inicialmente formuladas neste trabalho,

no sentido de descobrir se a concessão administrativa é uma ferramenta constitucional para as parcerias no SUS, e, em caso positivo, apurar se o seu regime jurídico e o seu uso são adequados para a máxima efetivação do direito à saúde.

1.2 As transformações na concepção de Estado e de suas funções

A natureza e o grau de intervenção do Estado nas economias têm por referência a corrente de pensamento dominante em determinados períodos, sendo ora mais abstencionista, ora mais intervencionista.

De forma simplificada, podem-se citar três modelos estatais ocidentais contemporâneos, com aspectos peculiares em cada país, porém com características gerais comuns: (i) Estado Mínimo ou Liberal, (ii) Estado Protetor, da Providência ou do Bem-Estar Social (*Welfare State*) e (iii) Estado Pós-Social, Estado de Direito Social e Democrático ou Estado Subsidiário.

O Estado Mínimo, dominante no período entre a segunda metade do século XVIII até início do século XX, tinha a sua existência voltada apenas para assegurar as condições necessárias ao bom funcionamento do mercado, apresentando como principais defensores Adam Smith e David Ricardo, os quais defendiam que a melhor forma de organização socioeconômica é aquela realizada com base na economia de mercado, caracterizada pela livre concorrência e pelas forças de mercado, que alcançam um equilíbrio econômico de forma espontânea.

Trata-se, portanto, de um modelo estatal predominantemente abstencionista, com acentuada outorga da exploração dos serviços públicos aos agentes privados, enquanto que o Estado apenas realizava atividades para garantir o regular funcionamento do mercado (JUSTEN FILHO, 2003, p. 51).

O Estado Liberal apresentou resultados maléficos para o âmbito econômico-social. Apurou-se que princípios liberais advindos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, liberdade e igualdade formal, mostraram-se insuficientes para o real desenvolvimento dos homens. Assim, no final do século XIX, originaram-se correntes de oposição ao Estado Mínimo e à sua característica marcada pelo individualismo, fundamentadas na ideia de socialização e na preocupação com o interesse público entendido em um contexto de solidariedade (DI PIETRO, 2015, p. 8-9).

Em razão da fase de transição do Estado Liberal para o Estado Social, observou-se, a partir das décadas de 1930 e de 1940, uma tendência estatizante em muitos países, incluindo o Brasil, com a chamada Era Vargas. Esta mudança de concepção do Estado originou um aumento de sua intervenção direta na prestação de atividades aos particulares, sendo que diversas empresas estatais foram criadas para absorver parte das atividades exercidas anteriormente pelo setor privado (MONTEIRO, 2010, p. 24).

O Estado do Bem-Estar Social se consolida após a Segunda Guerra Mundial, com muitos países tentando se reconstruir da devastação da guerra, apresentando como principal característica a forte intervenção estatal nas atividades econômicas com o intuito de buscar o real desenvolvimento e a diminuição das desigualdades.

Dessa forma, o Estado da Providência, tendo como principal expoente John Keynes, exigia uma intervenção direta do Estado em diferentes setores sociais. Já que o mercado livre nem sempre conseguia alcançar o equilíbrio espontâneo, havendo a necessidade de uma participação mais ativa do Estado na atividade econômica para corrigir desigualdades, visando garantir uma sociedade mais justa.

O Poder Público assumiu papel de distribuidor de riqueza e de estabilizador macroeconômico, buscando efetivar o bem-estar social. Dessa forma, houve alteração do papel estatal, o qual passou a ser mais intervencionista, assumindo a responsabilidade de diversas questões, especialmente aquelas envolvendo a proteção dos riscos sociais, como a prestação dos serviços de saúde.

Essa nova concepção de Estado gerou uma grande ampliação do aparelhamento estatal, com a consequente e gradativa exclusão dos particulares nas atividades administrativas. O Poder Público passou a atuar como centralizador de diversas funções, como a prestação de serviços públicos (rol ampliado com os novos papéis estatais assumidos), a ingerência em atividades econômicas por meio das empresas estatais e o aumento do poder de polícia (DI PIETRO, 2015, p. 8-11).

No período do Estado-Providência, assim denominado pela obrigação de garantir diversas prestações, a Administração deixou de somente aplicar a lei, passando a ter capacidade autônoma na concretização dos fins estatais. O intervencionismo estatal aliado a um crescente fortalecimento do Executivo, o qual passou a ocupar “a posição de novo centro de gravidade do poder estatal” (NETTO, 2005, p. 53), afetou a separação dos Poderes, colocando em risco a liberdade individual, além de gerar uma ineficiência na prestação de suas atividades (DI PIETRO, 2015, p. 12).

O Poder Executivo acabou substituindo o Legislativo por meio da edição de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos e medidas provisórias, ferindo o princípio da separação das funções. Além disso, o judiciário não acompanhou o crescimento do executivo, tornando-se deficiente.

Dessa forma, o Estado Social constituído com o fim primeiro de assegurar justiça social, passou a ser, contraditoriamente, uma ameaça à liberdade individual, devido à crescente intervenção desde a limitação do exercício de direitos até a atuação direta nas atividades econômicas (DI PIETRO, 2015, p. 12-14).

Somando-se a isso, o aumento excessivo das funções estatais se mostrou ineficiente e prejudicial ao bom funcionamento da economia, em razão da elevada absorção de recursos necessários para a sua manutenção, além de distorções na execução das atividades que afastaram a eficiência. O crescimento da despesa pública, associado a outros fatores (ex. a inversão da pirâmide etária, aumento de idade da população), gerou graves desequilíbrios orçamentários para diversos governos na segunda metade do século XX.

Os resultados negativos do Estado do Bem-Estar Social, como a ineficiência em suas prestações e o aumento da burocracia, conjuntamente com as crises financeiras e a reação da população para arcar com os custos crescentes do Poder Público (ESTORNINHO, 2009, p. 47), levaram-no ao declínio em diversos países.

Neste contexto, originou-se a necessidade de implantar um conjunto de reformas centradas na melhoria da eficiência, despontando a necessidade de redimensionar a amplitude do aparelhamento estatal e de suas funções, assim como diminuir as contas públicas, tendo como consequência a retomada da privatização em sentido amplo com a aproximação e a cooperação entre os setores público e privado (DI PIETRO, 2015, p. 3).

Observou-se o surgimento de inovadoras formas de organização, como o aumento da atuação indireta, por meio de regulação, indução, fomento público e as parcerias público-privadas (em sentido amplo)¹.

¹ Cabe diferenciar o termo parcerias público-privadas (PPP) em sentido amplo e em sentido estrito. “Lato sensu”, as parcerias público-privadas correspondem aos mais diversos liames acordados entre a Administração Pública e particulares com algumas peculiaridades: vínculos de trato continuado, os quais possibilitam o desenvolvimento de atividades com algum interesse geral sob responsabilidade dos particulares. Assim, esse amplo aspecto de parcerias abarca as concessões em geral (comum, patrocinada e administrativa), os contratos de gestão com organizações sociais, termos de parceria com OSCIPs (organizações da sociedade civil de interesse público), entre outros contratos (SUNDFELD, 2011, p. 20 e 24).

Em sentido estrito, as parcerias público-privadas são a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Tal sentido ao termo foi dado pela própria Lei da PPPs (Lei Federal nº 11.079), a qual buscou instituir as regras faltantes no ordenamento jurídico brasileiro de PPPs em sentido estrito (SUNDFELD, 2011, p. 24).

O Estado de Direito Social e Democrático trouxe consigo o problema de reequacionar o seu papel, redimensionar a extensão do seu aparelho, criar meios hábeis para a proteção integral e eficaz do indivíduo frente qualquer forma de poder e valorizar a participação popular nos atos da administração (MEDAUAR, 2003, p. 90-93).

A implementação do Estado Pós-Social reviveu o princípio da subsidiariedade, o qual revela três facetas. O primeiro relaciona-se com o reconhecimento de que a iniciativa privada tem preferência sobre a iniciativa estatal, portanto, o Estado deve renunciar a execução de atividades que possam ser exercidas pelos agentes privados (limitação à intervenção estatal nas atividades econômicas). O segundo determina que o Estado deve coordenar, fiscalizar e fomentar a iniciativa privada, tendo sua função regulatória reforçada. Assim, uma das suas consequências é o aumento das parcerias entre o Poder Público e o setor privado, no sentido de que o Estado deixa de exercer diretamente algumas funções, mas controla a sua execução pelos mecanismos de ajuste (DI PIETRO, 2012, p. 35-36).

As reformas iniciadas na segunda metade dos anos 70 em alguns países, como Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e EUA, basearam-se na teoria da Moderna Gestão Pública (MGP) – *New Public Management*, alterando o paradigma global da gestão pública dominante para um modelo de gestão orientado pela eficiência, economia e eficácia.

Em resumo, este modelo representa a combinação dos elementos da nova economia institucional, baseada em avaliação de desempenho, eficiência, incentivo à concorrência no setor público, aumento da transparência e uma gestão organizacional efetuada por profissionais (deslocamento das capacidades políticas para as qualidades e capacidades de gestão) com a participação dos beneficiários dos serviços públicos (SILVA, 2009, p. 27-28).

Em Portugal, no contexto desse movimento, o novo modelo de Administração Pública proposto pela “Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública” no Relatório “Renovar a Administração” apresentou como medidas:

- a) reduzir (extinguindo, desburocratizando); b) privatizar (vendendo, dando, desregulamentando, incentivando a oferta privada); c) contratar serviços (adjudicando, concessionando); d) utilizar mecanismos de mercado (concorrendo dentro da Administração, cobrando serviços, aumentando a liberdade de escolha). (ESTORNINHO, 2009, p. 13-14)

Dessa forma, observa-se que uma nova concepção de Estado surgiu,

(...) os governos mudaram o modelo de intervenção estatal prescindindo do seu papel de detentor dos meios de produção, da produção e provisão directa, transferindo estas actividades para o sector privado, lucrativo ou não lucrativo. Por outro lado, aumenta

o seu papel na coordenação e regulação dos mercados e das actividades exercidas pelos agentes económicos (SILVA, 2009, p. 30).

O Estado Pós-Social no Brasil teve início da década de 1980, com relevância para a década de 1990, na qual foi estabelecido o Programa Nacional de Desburocratização, com a criação do Conselho Interministerial de Privatização (MONTEIRO, 2010, p. 18), e a edição das leis n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, também conhecida como Lei dos Contratos Administrativos, e n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, denominada Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

Nesta linha, o estado brasileiro vem utilizando cada vez mais instrumentos de privatização e parcerias em sentido amplo com o setor privado². Este panorama foi intensificado com a edição da Lei nº 11.079/04 e a criação das Parcerias Público-Privadas (em sentido estrito).

Pode-se citar várias tendências que influenciaram a função administrativa pública, tais como, “*participação democrática, pluralismo, subsidiariedade, transnacionalidade, sociocapitalismo, fiscalidade competitiva, despolitização, consensualidade e governabilidade*” (MOREIRA NETO, 2008, p. 114).

Por isso, o Direito Administrativo brasileiro tem passado por diversas alterações que ainda estão se consolidando; deixou de ser o mecanismo de atuação da Administração burocrática, autoritária e com privilégios e prerrogativas sem justificação, transformando-se no direito da parceria entre o público e o privado, na busca pela somatória de esforços comuns para soluções dos problemas da sociedade.

A década de noventa foi palco de programas de privatização³ e de desestatização, com o enfoque maior no Estado regulador, representado pela criação das diversas agências reguladoras e a ampliação das suas áreas de atuação e poderio normativo,

² Setor privado deve ser entendido como o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, concebidas de acordo com a legislação civil vigente sem que haja qualquer determinação legal.

³ A privatização pode ser entendida em sentido amplo ou estrito. Em *strictu sensu* é a venda de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado, como ocorreu, por exemplo, com a Vale do Rio Doce (também chamada de desnacionalização ou desestatização) (DI PIETRO, 2015, p. 7).

Em sentido amplo, a privatização é um conceito aberto e abrangente, integrado por todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos (DI PIETRO, 2015, p. 7).

Dentre elas, pode-se citar: (a) Desmonopolização de atividades econômicas; (b) Desnacionalização ou desestatização (privatização em sentido estrito); (c) Aumento das formas privadas de gestão (concessões, parcerias com o terceiro setor); (d) Consensualização: forma pela qual a Administração Pública busca o consenso e a colaboração do setor privado e dos cidadãos; (e) Contratualização: processo de intensificação de acordos e contratos entre o Poder Público e particulares (MARRARA, 2014, p. 40); (f) Liberalização de serviços públicos: as atividades classificadas como serviços públicos perdem essa qualidade, sendo possível a prestação livre pelos particulares; trata-se de privatização da própria atividade. (DI PIETRO, 2015, p. 8).

cujo paradigma teve o aval do STF (ADIs nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e nº 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Esse processo é acompanhado de mudança na forma de regulação, com a diminuição da intervenção direta do Estado no domínio econômico e a elevação da intervenção indireta, por meio da regulação e da agencificação (MARRARA, 2014, p. 33 e 34).

O modo de conceber o Estado e a Administração Pública vem sofrendo alterações, o que deriva de uma nova ideologia e de uma tentativa de superar crises fiscais. Neste contexto, houve o que se denomina de reforma do Estado ou reforma da Administração Pública (DI PIETRO, 2015, p. 1-2).

Surge o modelo gerencial da Administração Pública, no qual verifica-se parcerias entre o Estado e a sociedade na consecução de objetivos de interesse público, buscando maior agilidade e eficiência, além de saídas para a falta de investimentos públicos.

“(...) desde meados da década de 1990, quando a reforma da administração federal em uma linha gerencialista passou a reconstruir os instrumentos jurídicos de incentivo à esfera pública não estatal principalmente com o intuito de preencher vazios deixados pelo Estado, então **redirecionado à posição central de regulador e fomentador**” (MARRARA, CESÁRIO, 2016, p. 53) (grifo nosso).

O direito administrativo brasileiro vem acompanhando estas alterações, podendo-se citar uma nova fase, a fase do direito administrativo em transição, na qual diversos modelos de gestão pública coexistem: o patrimonialismo, combatido, mas ainda presente, o modelo burocrático e a introdução do modelo gerencialista (MARRARA, 2014, p. 23-25).

Almeja-se a substituição do Estado prestador de serviços, com uma máquina pública grande e permeado de burocratismo, pelo Estado subsidiário que estimula a participação privada, com flexibilização dos seus modos de atuação. Ademais, busca-se a transparência na Administração Pública conjuntamente ao aumento da democracia pela participação dos cidadãos nas deliberações e nas tomadas de decisão. Ainda, este panorama substitui o Poder Público autoritário, dos atos unilaterais, pela consensualização, pela realização de parcerias com o setor privado (DI PIETRO, 2015, p. 2).

Os principais pontos citados de forma recorrente nesse movimento são a privatização, as parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, a terceirização e a flexibilização da atuação rígida da Administração Pública (DI PIETRO, 2015, p. 1).

Assim sendo, a nova concepção de Estado reflete também no campo da saúde, o que é perceptível pelo grande número de parcerias nos serviços públicos de saúde⁴ com entes privados, com a diminuição da prestação direta destas atividades pelo Poder Público.

1.2.1 Reflexos nos sistemas mundiais de saúde

As transformações na forma de conceber o Estado e em suas atividades, pelos motivos já expostos, interferiram nos mais diversos ordenamentos jurídicos, independentemente do modo de consagração do direito à saúde (se constitucional ou infraconstitucional), do padrão de organização e financiamento do sistema de saúde e da origem do direito que regulamenta as atividades.

Neste contexto, os países têm procurado efetivar as atividades de saúde com a máxima qualidade, eficiência e universalidade, mas conciliando com as limitações de recursos, permitindo a viabilidade do sistema. Já que não é adequado manter um sistema de saúde que se mostra inexecutável ao longo do tempo, que irá ruir ou apresentar falhas, sendo que qualquer problema neste âmbito poderá custar diversas vidas.

No novo modelo gerencial de Administração Pública se observa o crescente incentivo à adoção de parcerias público-privadas em todos os setores, o que inclui a área da saúde. O que não significa um enfraquecimento do Estado, na verdade é uma mudança de paradigma, no qual se entende que não é dever do Poder Público realizar a prestação direta.

Por outro lado, para a implantação adequada dos novos modelos de participação privada, a Administração Pública precisa se fortalecer, criando mecanismos de regulação, fiscalização e controle de tais contratações. Demonstrando que o Estado continua como ator principal dos serviços sociais e outros serviços públicos, porém com funções adequadas à conjuntura socioeconômica vigente (financiador, prestador e regulador dos serviços de saúde).

O setor de saúde é responsável por grande parte do total de despesas, absorvendo cada vez mais recursos, seja do Poder Público, seja do setor privado, assumindo expressiva participação no Produto Interno Bruto (PIB). Esta tendência de crescimento apresenta diversos fatores, como, por exemplo, o envelhecimento das populações e a

⁴ Os serviços de saúde prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, integrantes do SUS, podem ser denominados “serviços públicos de saúde”.

necessidade de maiores cuidados com a saúde, o desenvolvimento de tecnologias em equipamentos e procedimentos médicos, o surgimento de novos medicamentos e técnicas terapêuticas mais onerosos do que os anteriores (SILVA, 2009, p. 17).

A efetivação das ações e serviços de saúde tem estado no centro das atenções em nível internacional por vários motivos, dentre eles a consagração em muitos países de um direito de acesso universal, equitativo e tendencialmente gratuito aliado ao cenário de crescimento das despesas com a saúde, que corrói a sustentabilidade financeira do setor, exigindo por parte do Poder Público soluções. A pressão orçamentária tem levando os Estados a adotarem medidas de contenção de gastos e que promovam a melhoria da eficiência do setor da saúde, dentre elas, as parcerias público-privadas, com principal enfoque para o investimento em infraestruturas, solução encontrada para a falta de investimentos públicos, além da prestação dos próprios serviços médicos (em alguns casos) e serviços conexos.

Embora exista variação considerável nas relações entre a entidade financiadora dos serviços de saúde com as entidades prestadoras destes serviços, podem-se estabelecer três grandes grupos (DOCTEUR; OXLEY, 2003, p. 9-10).⁵ O *modelo público*

⁵ 11. The degree to which health-care financing and delivery systems are publicly controlled or administered has important policy implications, particularly for cost control and efficiency. Although there is considerable variation within systems, OECD countries can be classified as generally consistent with one of the three approaches described below.⁴ It is important to recognise that elements of more than one of these approaches exist in most countries (even if one form is dominant) and that the dominant model has tended to shift under the force of reforms.⁵

12. The public-integrated model combines on-budget financing of health-care provision with hospital providers that are part of the government sector.⁶ These systems, which merge the insurance and provision functions, are organised and operated like any government department. Staff is generally paid on salary (although, in some cases, doctors can have private patients as well) and they are most often public-sector employees. Ambulatory doctors and other health-care professionals can be either public employees or private contractors to the health-care authority, with a range of remuneration packages. Ensuring complete population coverage is particularly easy under such systems, and as they are under the control of the budget, the growth of overall costs has been contained more easily. However, they have weak incentives to increase output, improve efficiency, or maintain quality and responsiveness to patient needs. This may be less the case in the ambulatory sector, where payment systems are more often linked to provider output. 13. In the public-contract model, public payers contract with private health-care providers. The payers can be either a state agency or social security funds.⁷ Single-payer arrangements have a stronger position vis à vis providers (as in the public integrated model) and tend to have lower administrative costs than do multiple payer systems. In many public-contract systems, the private hospitals and clinics are run on a non-profit basis. Independent private contractors generally supply ambulatory care. In the past, payment of providers has been often on an ex post basis for services provided (see Boxes 5 and 6), although contract arrangements have been evolving. These systems are generally considered to be more responsive to patient needs than public-integrated arrangements, but less successful in containing healthcare costs, requiring additional regulation and control by the public authorities.

14. A private insurance/provider model uses private insurance combined with private (often for-profit) providers. Insurance can be mandatory (Switzerland) or voluntary (the United States), and in the case of the latter, affordable insurance may not be available to some individuals. Payment methods have traditionally been activity based, and the systems have featured a high degree of choice and responsiveness to patient needs, but cost control has been weak. In response, managed care plans, which provide incentives for volume and price control, expanded rapidly in the United States during the 1990s. Under these arrangements, insurers selectively contract with competing providers and restrict patient choice of providers and services. (DOCTEUR; OXLEY, 2003, p. 9-10)

integrado é aquele em que os serviços de saúde são financiados com recursos orçamentários (públicos) e tais serviços são organizados e operados como em qualquer departamento governamental.

Já o *modelo contratual público* combina o financiamento público, por uma agência estatal ou por fundos de seguro, e a prestação dos serviços por particulares. Em muitos exemplos deste grupo, os prestadores privados são entidades sem fins lucrativos.

O terceiro, *modelo privado de seguro/provisão*, é basicamente e integralmente privado, pois são as seguradoras privadas que financiam os prestadores privados de serviços de saúde. O seguro privado pode ser obrigatório, como na Suíça, ou voluntário, como nos Estados Unidos da América.

A transformação mais importante nos sistemas de saúde mundiais tem sido a transição dos modelos público integrado e privado de seguro/provisão para um *modelo contratual público*. Ou seja, um sistema de financiamento público que, por meio da contratação, é prestado por entidades privadas. Esta substituição é reflexo da tentativa dos Estados de contenção de custos e da busca pela maior eficiência na prestação dos serviços (MÂNICA, 2010, p. 56-57).

O sistema de saúde alemão, considerado de origem *bismarckiana*⁶, passou por diversas alterações nos últimos 30 anos, especialmente no que tange a manter os serviços de saúde financeiramente sustentáveis, com a restrição do rol de serviços, incentivo aos medicamentos genéricos, etc. O financiamento é predominantemente público, mas a prestação dos serviços é mista (pública, privada e entidades filantrópicas) (MÂNICA, 2010, p. 60-61).

Já o sistema holandês, também baseado no modelo *bismarckiano*, passou por uma reforma radical em 2006, tornando-o de caráter privado com regulação pública, constituído por seguradoras privadas e prestadores privados por elas contratados. O seguro público foi restringido aos tratamentos de longa duração. Mas parte do financiamento das seguradoras privadas advém de tributos, com a finalidade de manter um valor razoável de pagamento dos prêmios pelos beneficiários (MÂNICA, 2010, p. 62-63).

Na França, o sistema de saúde *bismarckiano* é configurado pelos seguros de saúde, em sua maioria de natureza privada, de filiação obrigatória aos residentes em

⁶ Os sistemas de saúde *bismarckianos* apresentam uma “pluralidade de seguros públicos ou privados, regulados pelo Estado e financiado com recursos públicos obtidos por meio de tributação incidente sobre os salários” (MÂNICA, 2010, p. 58). Uma característica presente nestes sistemas é a prestação dos serviços tanto por agentes privados como por entidades públicas.

território francês. Após reformas nos anos de 1996 e 2004, passou a ser um sistema de reembolso parcial das tarifas pagas pelos segurados aos prestadores do sistema público de saúde. Por isso, grande parcela da população tem um seguro privado complementar, o qual financia a parte não reembolsada pelo seguro público.

Ademais, na França, os prestadores de serviços públicos de saúde podem ser entidades públicas, entidades privadas sem fins lucrativos e entidades privadas com fins lucrativos, as quais podem participar por meio de contratos de concessão e de parceria público-privada (MÂNICA, 2010, p. 63-64).

A origem dos sistemas *beveridgeanos*⁷ se deu na Inglaterra, como resultado do *Beveridge Report*⁸, sendo implantado em 1948 o primeiro sistema nacional de saúde, com base nos princípios da universalidade e da solidariedade (financiamento pela tributação geral), independentemente de contribuição ao seguro social. A partir da década de 1970, em razão da inviabilidade financeira do sistema, este apresentou diversas reformas, ocorrendo a substituição de um modelo público integrado a um modelo contratual público. Então a contratualização e a prestação dos serviços por entidades privadas passaram a integrar os atributos deste sistema, inclusive com a possibilidade da celebração de contratos de parceria-público privada (*Private Finance Initiative – PFI*) (MÂNICA, 2010, p. 65-68).

Vários Estados seguiram o modelo inglês de sistema nacional de saúde (universal e independente de contribuição), como, por exemplo, Canadá, Portugal e Espanha. É importante ressaltar que estes três países, cada qual à sua maneira, vêm se utilizando também dos contratos de parceria público-privada com entidades com fins lucrativos no âmbito da saúde. Portanto, pode-se perceber que a participação do setor privado tem aumentado também nos sistemas *beveridgeanos*.

A Inglaterra, Austrália e Canadá são os países com maior experiência na realização de parcerias público-privadas no setor da saúde, inclusive com avaliação de resultados já apresentados. Internacionalmente, as Parcerias Público- Privadas (PPPs) têm sido utilizadas especialmente no subsector hospitalar, tendo em vista que os hospitais são as organizações que apresentam maior crescimento de despesas, absorvendo entre 45% e 60% do total de gastos com saúde, seja pelo alto custo de construção e manutenção, seja pela aplicação

⁷ De origem inglesa, os sistemas *beveridgeanos* são baseados nos sistemas nacionais de saúde, ou seja, fornecem os serviços de saúde à totalidade da população, independentemente de contribuição a uma entidade seguradora, pública ou privada.

⁸ Um relatório escrito por William Beveridge, o qual se tornou um modelo para o Estado do Bem-Estar Social Britânico. Este relatório visa a criação de um sistema global de segurança social.

das inovações tecnológicas em equipamentos e procedimentos, pelo desenvolvimento dos fármacos (SILVA, 2009, p. 18).

O modelo internacionalmente mais adotado de parcerias público-privadas abrange as infraestruturas e os serviços conexos aos médicos, excluindo-se os “serviços clínicos” (SILVA, 2009, p. 19). Porém, há países que têm realizado as PPPs inclusive para os serviços médicos, que é o caso de Portugal.

1.2.2 Reflexos no sistema de saúde brasileiro

No Brasil a prestação assistencial da saúde teve como marco normativo inicial o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923 (Lei Eloy Chaves), que incluía a prestação dos serviços de saúde, que até então era efetivada por entidades assistenciais, religiosas ou voltadas para o ensino da medicina (Santas Casas de Misericórdia, hospitais escola públicos). Esta lei instituiu as Caixas de Assistência e Pensão (CAPs), voltadas para determinados grupos de trabalhadores, no sistema de seguro social (MÂNICA, 2010, p. 90).

Após 1933 foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), de natureza autárquica, os quais abrangiam as categorias profissionais, baseados sempre na contribuição de empregados e empregadores, além de recursos públicos (MÂNICA, 2010, p. 91).

Em 1966, todos os Institutos de Aposentadorias e Pensões foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), vinculado ao Ministério do Trabalho. Este sistema incluía apenas os trabalhadores formais, portanto contributivo, excluindo-se os rurais e aqueles do mercado informal de trabalho.

Cabe ressaltar que neste período a grande maioria dos prestadores era privada, sendo que após a década de 1960 podemos identificar o modelo médico-assistencial privatista e excludente. Isto porque, além dos prestadores serem privados, passou-se a dominar no âmbito da saúde os interesses privados empresariais. O perfil excludente se caracterizava pela necessidade de contribuição prévia para o acesso aos serviços de saúde, marginalizando grande parte da população (MÂNICA, 2010, p. 91-92).

Na sequência, houve a instauração de um modelo dúplice de saúde individual e de saúde coletiva com a criação do Sistema Nacional de Saúde, pela Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975, o qual era voltado para a formulação de políticas públicas de caráter

coletivo pelo Ministério da Saúde. Em contrapartida, o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), o qual absorveu o INPS, atuava na prestação individualizada dos serviços de saúde.

Em 1977 surgiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), também vinculado ao MPAS e associado ao caráter contributivo de assistência à saúde.

O grande problema que permeou esta fase da saúde no Brasil foi que a expansão da participação privada ocorreu sem os devidos mecanismos legais e sem uma política pública que delimitasse e ordenasse a atuação particular. Por isso, o aumento do aparelhamento dos serviços de saúde se deu com base em interesses privados, mercadológicos dos respectivos prestadores.

Pode-se dizer que as prestadoras privadas acabaram por definir as diretrizes do serviço público de saúde, voltadas para seus interesses e não o da coletividade. Portanto, ao invés do Poder Público determinar de maneira clara as formas de atuação particular nos serviços públicos de saúde, por meio da devida contratualização, com base em princípios da Administração Pública, em especial o objetivo de atender ao interesse público, as parcerias eram realizadas de forma precária e amadora.

Logo, estes agentes privados passaram a definir como o serviço público de saúde era prestado.

Esta contenta, aliada a diversos outros aspectos como a crise fiscal dos anos 80, a exclusão de parte população do acesso aos serviços de saúde, o aumento progressivo das despesas da medicina, o aumento da população urbana, gerou um movimento de transformação do modelo de saúde brasileiro.

Na década de 1970, iniciou-se o Movimento da Reforma Sanitária, o qual contribuiu imensamente para a delineação da seguridade social (previdência, assistência e saúde) na Constituição Federal de 1988 baseada no bem-estar social (GLOBEKNER, 2011, p. 50). Uma das defesas era a “estatização” dos serviços, impondo ao Estado a assunção da gestão dos serviços públicos de saúde.

Esse direito [à saúde] não se materializa, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade do Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las.

(...)

(...) a caracterização dos serviços de saúde como públicos e essenciais (BRASIL, 1986, p. 4 e 9).

Um dos aspectos da estatização era o de submeter os prestadores privados ao caráter público dos serviços, ou seja, estabelecer políticas públicas que deveriam ser seguidas por todos aqueles que integrassem o sistema nacional de saúde. Por isso, a necessidade de estabelecer instrumentos contratuais de ajuste público-privado, definindo a forma de atuação particular, permitindo o controle e a fiscalização pelo Poder Público (MÂNICA, 2010, p. 94-95).

Vários trechos do Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, demonstram que a denominada “estatização” não tinha a intenção de excluir a participação privada nos serviços públicos de saúde, e sim de instituir um modo de contratação que submetesse tais prestadores às diretrizes e ao controle da gestão pública.

Ademais, a “estatização” também significa a assunção da responsabilidade pelas ações e serviços de saúde pelo Poder Público, isto é, a criação de um sistema nacional de saúde com uma regulamentação e políticas públicas definidas pelo Estado.

Em qualquer situação, porém, ficou claro que a **participação do setor privado deve-se dar sob o caráter de serviço público “concedido” e o contrato regido sob as normas de Direito Público.**

(...)

O principal objetivo a ser alcançado é o Sistema Único de Saúde, com expansão e fortalecimento do setor estatal em níveis federal, estadual e municipal, tendo como meta uma progressiva estatização do setor. **Os prestadores de serviços privados passarão a ter controlados seus procedimentos operacionais e direcionadas suas ações no campo da saúde**, sendo ainda coibidos os lucros abusivos. **O setor privado será subordinado ao papel diretivo da ação estatal nesse setor.**

(...)

No SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, o nível federal terá como atribuições principais: (...) **regulamentação das normas de relacionamento entre o setor público e o setor privado.**

(...)

O relacionamento do poder público com a rede privada prestadora de serviços deve fundamentar-se no controle efetivo sobre essa rede

(...)

A implantação imediata de um novo relacionamento entre o setor público e o setor privado deverá ser implementada nos seguintes moldes: para os estabelecimentos privados que já se relacionam com o INAMPS, **estabelecer um novo contrato-padrão regido pelos princípios do DIREITO PÚBLICO, passando o serviço privado a ser concessionário do Serviço Público** (BRASIL, 1986, p. 2, 12, 13, 15) (grifo nosso).

Dessa forma, o direito à saúde, torna-se, entre os brasileiros, direito fundamental e universalista com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fortemente influenciada pelo movimento acima referido. Surgiu, neste momento, uma nova concepção de saúde pública, na qual a sua promoção passou a ser de responsabilidade do Estado por meio de ações de serviços públicos de acesso universal (SERRANO, 2009, p. 65-67).

O sistema público de saúde, denominado Sistema Único de Saúde (SUS), introduzido pela Constituição Federal de 1988 inaugurou a (tentativa de) substituição do *sistema bismarckiano* de seguros sociais que vigorava até então para o *sistema beveridgeano*.

Conforme visto em item anterior, os sistemas de saúde *bismarckianos* são aqueles que apresentam uma “pluralidade de seguros públicos ou privados, regulados pelo Estado e financiado com recursos públicos obtidos por meio de tributação incidente sobre os salários” (MÂNICA, 2010, p. 58). O princípio da assunção pelo Estado da responsabilidade pelos serviços e ações de saúde se deu nos moldes deste modelo. Um ponto em comum aos sistemas dessa origem é a prestação dos serviços tanto por agentes privados como por entidades públicas.

Já os sistemas *beveridgeanos* são baseados nos sistemas nacionais de saúde, isto é, garantem os serviços de saúde a todas as pessoas, sendo prescindível a contribuição a uma entidade seguradora, seja pública ou privada.

Assim, o modelo anterior à Constituição Cidadã era basicamente o modelo contributivo, no qual era necessária a filiação para ser beneficiário dos serviços de saúde. Os não contribuintes, excluídos do sistema, eram atendidos pelas entidades assistenciais, como as Santas Casas de Misericórdia.

Com a edição da Magna Carta de 1988, criou-se no Brasil um sistema nacional de saúde público universal que não depende de qualquer contribuição, o Sistema Único de Saúde – SUS, tendo como princípios a universalidade de atendimento e a solidariedade na contribuição (financiamento via tributação geral).

Em que pese esta grande mudança em termos jurídicos, pode-se observar que o sistema de saúde brasileiro nunca atingiu a almejada universalidade de atendimento, sendo que alguns defendem que a assistência à saúde no Brasil é mais próxima dos *sistemas segmentados*⁹, como dos Estados Unidos da América (MÂNICA, 2010, p. 84).

Isto porque o percentual de gastos privados em saúde no Brasil corresponde à 51,8% (OMS, 2013)¹⁰ da despesa total com saúde, aproximando-se da porcentagem verificada nos EUA (52,9%) (OMS, 2013)¹¹. Dessa forma, percebe-se que o

⁹ O direito à saúde não é consagrado constitucionalmente e não é considerado um direito universal. “Sua garantia pelo Estado, por meio da prestação de serviço voltados à sua proteção, promoção e recuperação, é direcionada a camadas específicas da sociedade, de modo que para todas as demais pessoas, não raro encontram-se assertivas de que a saúde é tida não como um *direito*, mas como uma *mercadoria*” (MÂNICA, 2010, p. 77).

¹⁰ Dado obtido no site oficial da Organização Mundial de Saúde (OMS) – *World Health Organization (WHO)*. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.country.country-BRA>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹¹ Dado obtido no site oficial da Organização Mundial de Saúde (OMS) – *World Health Organization (WHO)*. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.country.country-USA>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

investimento privado superou o investimento público no setor.

Portanto, em termos positivos, prevê-se o sistema universal e gratuito. A norma, contudo, não ecoa na realidade, cuja precarização do sistema leva às pessoas a se socorrerem de recursos privados para a saúde. Desse modo, contrariamente à norma, a saúde é, de fato, no Brasil, não universal e não gratuita. Na verdade, há apenas uma previsão constitucional disso, mas a realidade demonstra diversas falhas que propiciam o crescimento da saúde suplementar, aquela externa ao SUS e financiada pelo capital privado. Verifica-se que o universalismo teórico criou na prática um dualismo de segregação, no qual os pobres ficam dependentes dos serviços do Estado, enquanto que os demais realizam a contratação de serviços/seguros de saúde privados.

O sistema nacional de saúde brasileiro apresenta algumas peculiaridades. Inicialmente, o texto constitucional prevê a prestação pública, universal e integral dos serviços de saúde. No cenário pátrio, o SUS tem arcado com grande parte das prestações de alto nível tecnológico e científico, aqueles serviços de alta complexidade, por outro lado, tem ofertado de forma insuficiente os serviços de saúde básicos. Esta prestação falha é um dos grandes desafios a ser resolvido pelo Poder Público.

Dessa forma, deve-se levar em conta que o Estado brasileiro sempre foi auxiliado pelo setor privado nos serviços públicos de saúde, sendo que mesmo antes da universalização imposta pela Constituição Federal de 1988 e da previsão constitucional de particulares prestarem serviços associados ao SUS, grande parte do aparato material no âmbito da saúde era privado, seja de organizações beneficentes, como as Santas Casas de Misericórdia, seja de entidades com fins lucrativos que prestavam serviços públicos de saúde.

Após a extinção do sistema contributivo, o caráter universalista da saúde propagado pelo movimento sanitário e efetivado pela Magna Carta de 1988, somado às crises fiscais e à limitação de recursos, tornou ainda mais evidente a necessidade da complementariedade entre os sistemas públicos e privados de saúde, como modo de efetivar o direito fundamental à saúde de forma universal e equitativa.

O texto constitucional também permitiu a exploração dos serviços público de saúde pela iniciativa privada, bem como determinou a preferência pelas entidades sem fins lucrativos na participação no SUS.

Assim, a participação das entidades privadas nos serviços públicos de saúde tornou-se imprescindível e apresenta constante crescimento, com diminuição da prestação direta pela Administração Pública.

“Os serviços privados de saúde no Brasil têm importância significativa para o Sistema Nacional de Saúde. Representam grande parte dos serviços de saúde existentes. Têm importância decisiva nos pequenos municípios (...)” (BRASIL, 2003, p. 109)

Portanto, cabe verificar as transformações que devem ocorrer no Direito Administrativo brasileiro, de maneira a torná-lo apto a auxiliar a execução das atividades estatais, com enfoque para a máxima efetivação dos serviços públicos de saúde por meio de mais um mecanismo disponível, a concessão administrativa.

2 O DIREITO À SAÚDE

2.1 Conceito de saúde

O conceito jurídico de saúde é um dos pontos mais críticos no Direito Sanitário. Há diversas proposições sobre o assunto, mas nenhuma que alcançasse primazia na doutrina. Porém, existem alicerces partilhados entre as tentativas de definir o que é saúde.

Inicialmente, saúde pode ser considerada a inexistência notória de doença. Este é uma questão basilar, entretanto não finda o conceito, o qual é bem mais abrangente, incluindo, por exemplo, o bem-estar psíquico.

Uma outra posição relaciona saúde com “equilíbrio”, o qual “permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social” (AITH, 2007, p. 46)

Percebe-se que o equilíbrio foi refletido no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, editada em 22 de julho de 1946, o qual estabeleceu um conceito: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade” (OMS, 1946).

Esta definição representa um ponto de convergência atual sobre o que seria saúde e é muito mais ampla do que as anteriores, englobando não só questões médicas, mas também aspectos sociais (coletivos) e biológicos.

Este documento também destacou a saúde como um bem coletivo, interativo, no sentido de que o bem-estar de cada indivíduo emana da colaboração entre as pessoas e os Estados, assim como reflete em toda a sociedade. Dessa forma, a saúde individual depende da saúde coletiva, já que é algo transfronteiriço, que não respeita os limites geopolíticos estabelecidos. Por exemplo, como pode se perceber no caso de pandemias, ou, quando pensamos na saúde como algo que envolve o meio ambiente, o qual só pode ser tratado na perspectiva coletiva. Ainda, é coletivo no sentido de promover ações do Estado, das pessoas, das famílias, das empresas e da sociedade como um todo¹².

¹² Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A Constituição da OMS prevê a “extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para a mais ampla realização da saúde” (OMS, 1946). É o que Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 9) entendem como a acentuação da “saúde como um **bem jurídico de desenvolvimento**” (grifo nosso). Já que a saúde é um bem coletivo, tem-se que a sua preservação depende da irradiação do conhecimento e da tecnologia no setor para todos os cantos do globo.

Assim sendo, este diploma identifica a saúde como um bem jurídico multifacetado, que apresenta três aspectos: individual, coletivo e de desenvolvimento (DALLARI, NUNES JÚNIOR, 2010, p. 10).

O aspecto coletivo é exatamente a transcendência da individualidade da saúde, que impõe ações em conjunto entre os Estados soberanos, assim como, internamente, da sociedade e do Poder Público, em várias esferas e etapas, que envolvem a prevenção, a fiscalização, a ordenação e a execução de diversas atividades (vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, saneamento básico, inspeção alimentar, saúde do trabalhador, etc)¹³.

Sueli e Vidal (2010, p. 13) complementam o conceito trazido pela Constituição da OMS e definem “saúde como o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos, individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”.

No mesmo sentido, Fernando Aith define a saúde como “um resultado da harmonia existente entre a pessoa e seu entorno social, cultural e religioso” (2007, p. 46).

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL, 1990)

¹³ Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. (BRASIL, 1990)

Portanto, percebe-se que saúde é algo extremamente amplo que pode ser encaixado em diversas ações e políticas públicas. Por isso, há a necessidade de se delimitar o objeto do presente estudo.

2.2. Atenção à saúde e assistência à saúde (NOB 1/96)

Para a demarcação do tema, há que se realizar a distinção entre “atenção à saúde” e “assistência à saúde”, utilizando para tanto a Norma Operacional Básica - NOB 1/96, veiculada pela Portaria GM/MS nº 2.203, de 05 de novembro de 2006.

A expressão “atenção à saúde” se refere a todo conjunto de ações estatais que envolvam a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Por outro lado, “assistência à saúde” é utilizada para indicar a prestação de serviços voltados diretamente à promoção, proteção ou recuperação da saúde das pessoas.

A atenção à saúde, que encerra todo o conjunto de ações levadas a efeito pelo SUS, em todos os níveis de governo, para o atendimento das demandas pessoais e das exigências ambientais, compreende três grandes campos, a saber:

- a) o da assistência, em que as atividades são dirigidas às pessoas, individual ou coletivamente, e que é prestada no âmbito ambulatorial e hospitalar, bem como em outros espaços, especialmente no domiciliar;
- b) o das intervenções ambientais, no seu sentido mais amplo, incluindo as relações e as condições sanitárias nos ambientes de vida e de trabalho, o controle de vetores e hospedeiros e a operação de sistemas de saneamento ambiental (mediante o pacto de interesses, as normalizações, as fiscalizações e outros); e
- c) o das políticas externas ao setor saúde, que interferem nos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades, de que são partes importantes questões relativas às políticas macroeconômicas, ao emprego, à habitação, à educação, ao lazer e à disponibilidade e qualidade dos alimentos.

Convém ressaltar que as ações de política setorial em saúde, bem como as administrativas – planejamento, comando e controle – são inerentes e integrantes do contexto daquelas envolvidas na assistência e nas intervenções ambientais. Ações de comunicação e de educação também compõem, obrigatória e permanentemente, a atenção à saúde.

Nos três campos referidos, enquadra-se, então, todo o espectro de ações compreendidas nos chamados níveis de atenção à saúde, representados pela promoção, pela proteção e pela recuperação, nos quais deve ser sempre priorizado o caráter preventivo (BRASIL, 1996).

Dessa forma, o presente estudo é voltado para a “assistência à saúde”, que são os serviços de saúde prestados diretamente às pessoas.

2.3 Direito fundamental à saúde

A efetivação e a eficácia dos direitos fundamentais são um problema que segue duradouro e intenso, com especial atenção para as desigualdades sociais e econômicas (SARLET, 2012, p. 44 e 45).

Em que pesem os avanços econômicos e tecnológicos da humanidade e o estabelecimento do regime democrático e participativo como modelo político predominante no cenário mundial, bem como a ampla discussão dos direitos humanos em organizações internacionais, ainda há a presença de diversas privações e a negação de liberdades essenciais a muitas pessoas (SEN, 2010, p. 9).

Percebe-se que muitos países que preveem formalmente (juridicamente) um amplo rol de direitos fundamentais, contraditoriamente, são aqueles que têm obtido um menor grau de efetivação (SARLET, 2012, p. 45 e 46). Isto significa que a mera previsão e proteção jurídica não são suficientes para a real implementação destes direitos, os quais dependem de uma ampla gama de esforços e políticas conjuntos.

Os direitos fundamentais, desde sua identificação nas Constituições iniciais, percorreram um caminho de mudanças no que diz respeito ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação (SARLET, 2012, p. 161). Por isso, verifica-se a existência no campo dogmático das “gerações” ou “dimensões”¹⁴ dos direitos fundamentais, não havendo um consenso quanto ao número, alguns defendem três dimensões, outros quatro e até mesmo cinco ou seis gerações.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é conhecida pelos direitos de defesa do indivíduo em face do poder estatal, pelos direitos de aspecto “negativo” ou “abstenção”. É a delimitação da zona de não intervenção do Estado nos direitos individuais. Em seu rol se encontram os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, às liberdades de expressão coletiva (associação, imprensa, reunião, expressão, etc.) e de participação política (capacidade eleitoral passiva e ativa), que são resumidos em direitos civis e políticos (SARLET, 2012, p. 167-169).

¹⁴ Alguns defendem que o termo “gerações” expressa erroneamente o entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo. Por isso, parte da doutrina prefere o termo “dimensões”, pois reconhece terminologicamente o caráter progressivo e cumulativo dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 162-163).

A segunda dimensão representa o impacto da industrialização e os problemas sociais e econômicos que dela surgiram. São os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de direitos de vertente positiva, já que definem um papel ativo do Estado na justiça social e na implementação destes. São exemplo: a assistência social, a *saúde*, a educação, o trabalho, etc. Há que se incluir também as “liberdades sociais” (liberdade de sindicalização, de greve, direitos dos trabalhadores).

A terceira dimensão engloba os direitos de fraternidade ou de solidariedade, pois têm como titular os grupos humanos (família, povo, nação), e não apenas o indivíduo. São direitos de titularidade difusa ou coletiva, por exemplo, direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação (SARLET, 2012, p. 176-177).

Há quem defenda os direitos fundamentais de quarta e de quinta dimensão, como Paulo Bonavides (2015, p. 585-587 e 594-609), que reconhece a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, a qual seria integrada pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Conforme Ingo Sarlet (2012, p. 195), “os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”.

Com base nesta Teoria dos Direitos Fundamentais, verifica-se que o direito à saúde é um direito fundamental de segunda geração, o qual exige um papel ativo do Estado na sua implementação. São serviços sociais¹⁵, que mesmo para a garantia do mínimo existencial, há um intenso comprometimento dos recursos público, especialmente em países como o Brasil, com grande parte da população composta por pessoas pobres, as quais não podem pagar pela prestação dos serviços, dependendo da esfera pública.

Embora o dispêndio de verba pública seja alto, são prestações imprescindíveis à preservação da vida e da dignidade, de tal forma que se impõe o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações nesta seara para a garantia do mínimo existencial, não importando o montante de comprometimento de recursos públicos, inclusive com eventual redistribuição de recursos para a área, considerando um contexto de uma divisão da responsabilidade pelo corpo social (SARLET, 2012, p. 1909-1910).

A saúde está prevista no ordenamento jurídico brasileiro como direito e dever fundamental positivado na Constituição Federal de 1988. A inclusão como direito

¹⁵ Serviços sociais são “aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência, a seguridade” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 757).

fundamental conferiu-lhe uma proteção jurídica especial no domínio da ordem jurídico-constitucional pátria (SARLET, 2007, p. 2).

A saúde é considerada um direito e uma garantia fundamental por se revestir da dupla fundamentalidade formal e material. A fundamentalidade formal é atrelada ao direito constitucional positivo, revelando-se em três fundamentos: (a) o direito fundamental à saúde, assim previsto expressamente na Constituição de 1988, é uma norma de hierarquia superior, encontrando-se no topo do ordenamento jurídico; (b) em decorrência disso, apresenta limites formais e materiais para eventual emenda constitucional (cláusula pétrea); (c) por fim, conforme o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988¹⁶, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e vinculam as entidades estatais e os particulares diretamente (SARLET, 2007, p. 3).

A fundamentalidade material está relacionada à importância do bem jurídico “saúde” protegido pela ordem constitucional (SARLET, 2007, p. 3). Em razão da complementariedade e das inter-relações entre as diversas liberdades instrumentais (SEN, 2010, p. 11), a precariedade das oportunidades sociais fornecidas aos indivíduos no Brasil, mostra-se a grande barreira a ser superada para o avanço do desenvolvimento, especialmente na área da saúde.

É inquestionável que pessoas com a saúde prejudicada, incluindo o risco à vida, terão todas as demais liberdades defasadas, com dificuldade de atuarem como reais agentes livres, sustentáveis e ativos do desenvolvimento; também de efetivarem a sua participação econômica e qualquer outro tipo de liberdade participativa e política (SEN, 2010, p. 120-149). Sendo assim, tal direito necessita de maiores providências por parte das políticas públicas e de grande tutela do ordenamento jurídico. Por estas razões, não há dúvida que o direito à saúde é fundamentalíssimo à dignidade humana.

2.4 A saúde e a ordem constitucional brasileira

Inicialmente, a Constituição Federal prevê em seu Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, especificadamente no artigo 6º, a saúde como um **direito**

¹⁶ Artigo 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

fundamental social¹⁷.

Nos artigos 196 a 200, há uma série de normas sobre o direito à saúde. É importante ressaltar que o artigo 5º, § 2º da Constituição¹⁸ evidenciou a abertura material do rol de direitos fundamentais, que abarca os direitos previstos em tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, além dos direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais e outros previstos expressamente em outras partes da Constituição. Portanto, os dispositivos 196 a 200 também compartilham da fundamentalidade material e formal, ao menos no que diz respeito aos elementos essenciais do direito à saúde (SARLET, 2007, p. 4 e 5).

Cabe ressaltar que a saúde, além de um direito fundamental, é também um dever do poder público, estabelecendo a obrigação primária do Estado na sua efetivação. Em uma interpretação sistemática da Constituição, percebe-se um correspondente dever também de promoção e proteção aos particulares (SARLET, 2007, p. 5).

Ademais, a saúde pode ser considerada simultaneamente como um direito social (prestacional; positivo) e como um direito de defesa/negativo. Enquanto direito social, a saúde compõe a segunda dimensão dos direitos fundamentais, estabelecida no Estado Social, impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais. E a saúde também é direito de defesa/negativo (da primeira dimensão dos direitos fundamentais) no sentido de evitar ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular (SARLET, 2007, p. 7 e 8).

O artigo 196 também expõe os princípios da universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde, não podendo haver limitação e distinção entre os cidadãos nos serviços públicos de saúde. A universalidade rompeu com o anterior sistema contributivo do INAMPS, que excluía aqueles que não aderiam ao sistema, principalmente os mais necessitados, como os desempregados, garantindo a atenção à saúde a todo e qualquer cidadão, por meio do Sistema Único de Saúde integrado por todos os entes da federação e suas respectivas estruturas físicas, materiais e de recursos humanos.

O princípio da igualdade impõe que os serviços públicos de saúde sejam prestados, de acordo com a complexidade que o caso venha a exigir, de forma isonômica em

¹⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

¹⁸ Artigo 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

todas as situações similares. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 581.4888, consagrou a relevância da equidade no SUS, declarando

(...) constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes (BRASIL, 2015).

A integralidade determina que as ações e os serviços de saúde sejam realizados considerando todas as facetas da saúde, como bem individual, coletivo e de desenvolvimento, necessitando de uma abrangência completa (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 75).

A maioria da doutrina defende, ainda, a existência do princípio da gratuidade, que veda qualquer cobrança do usuário dos serviços públicos de saúde, os quais devem ser financiados por todos, seguindo a diretriz da solidariedade¹⁹.

Por fim, o art. 199, *caput*, da Constituição Federal estabelece que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, bem como, no § 1º, determina que as entidades privadas filantrópicas e sem fins lucrativos terão preferência para participação no Sistema Único de Saúde – SUS²⁰.

2.5 Máxima efetivação do direito à saúde

A Constituição não deve ser interpretada como a consolidação e a estagnação em um modelo único e engessado no que tange ao modo de atuação do Estado no domínio econômico e social. Ao contrário, ela deve apenas estabelecer os parâmetros mínimos da sociedade brasileira, para que ao longo do tempo absorva as mudanças e transformações naturais de qualquer corpo social.²¹

¹⁹ Em sentido oposto Fernando Borges Mânica (2010, p. 233).

²⁰ Art. 199, § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (BRASIL, 1988).

²¹ “**Exemplo de leitura excessivamente abrangente da Constituição, capaz de sufocar o espaço que deveria ser deixado aos agentes eleitos**, consiste na denominada *Era Lochner* no direito constitucional norte-americano. Tal momento histórico foi caracterizado por uma postura interpretativa da Suprema Corte americana no sentido de valorizar ao mais alto grau a liberdade de contratar, invalidando diversas leis que pretenderam intervir em setores da economia. O precedente que conferiu denominação a tal período, *Lochner v. New York*, foi julgado em 1905, tendo a doutrina ali manifestada vigorado até o ano de 1937, (...)” (BRASIL, 2015, p. 61) (grifo nosso).

Assim, a atuação do Estado nos serviços públicos sociais é sim uma obrigatoriedade imposta pela Magna Carta. Porém, ela não fixa, e nem deveria fixar, o modelo de atuação, o qual será determinado pelo contexto histórico, econômico e social do país, dentro da permitida discricionariedade do gestor público.

Portanto, o Poder Público estará cumprindo com seu papel constitucionalmente estabelecido de fornecimento dos serviços público sociais, com a mesma veemência, seja por meio da prestação direta, seja por meio da prestação indireta, assim como por atividades de fomentos e indução, contando com a colaboração público-privado.

Em outras palavras, a Constituição não exige a atuação exclusiva direta do Poder Público nestes setores. Ao contrário, ela é expressa no sentido de permitir a atuação indireta, por exemplo, por meio de contratação (artigo 199, § 1º) e de fomento (artigos 199, § 2º²², 213²³).

Como bem salientou o Ministro Luiz Fux em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923²⁴:

(...) cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, **o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado.** (...) Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de **saúde**, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas **apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres (...)** (BRASIL, 2015) (grifo nosso)

Assim sendo, a Constituição impõe a prestação dos serviços de saúde e de outros serviços públicos sociais. Dentro desta moldura há uma variedade de possibilidades, dentre as quais será uma escolhida pelo gestor público, que pode transitar entre a prestação direta ou indireta. Ressaltando que a Administração Pública sempre será controlada pelo ponto de vista do resultado (MOREIRA NETO, 2008, p. 138-140).

É preciso, em outras palavras, identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das majorias políticas prevaletentes, para que possam moldar a

²² Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (BRASIL, 1988).

²³ Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que (...) (BRASIL, 1988).

²⁴ Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com o objetivo de declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, conhecida como marco legal das Organizações Sociais, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante. (BRASIL, 2015, p. 56).

O engessamento das formas de atuação do Estado na Constituição, seja na sua atuação direta, seja na atuação indireta, significaria a projeção ideológica do intérprete do funcionamento da Administração Pública no texto constitucional. Isto é exatamente o que o presente trabalho busca evitar, uma estagnação meramente fruto de posição ideológica, mostrando possibilidades na prestação de serviços públicos de saúde, com o interesse público de sempre melhorá-los, utilizando o modo operacional mais eficiente para cada caso.

A participação privada sempre teve grande importância nos serviços públicos de saúde. Por óbvio, o Estado brasileiro não teria condições estruturais e financeiras para concentrar toda a prestação direta, afastando os particulares, em especial, o terceiro setor. Assim, além da possibilidade constitucionalmente prevista, a participação privada é condição de existência do próprio SUS.

Há que se ter em mente que o Estado não pode dar conta de tudo, vencendo-se o estigma de Estado “monopolizador”, como aquele que deve prestar diretamente, com base unicamente no regime de direito público, os serviços sociais. Surge um novo modelo de Administração Pública, no qual observa-se parcerias entre o Estado e a sociedade na consecução de objetivos de interesse público, buscando maior agilidade e eficiência, além de saídas para a falta de investimentos públicos.

Cabe ressaltar que existe a atuação do Poder Público, ele não é omissor, mas uma atuação indireta que se dará por meios jurídicos próprios, com base na fiscalização e regulação.

Esta escolha se encontra no campo da competência discricionária do administrador, o qual, com base na conveniência e oportunidade, concretizará o interesse público à luz das necessidades de cada caso. Entretanto, esta flexibilidade ou discricionariedade não significa arbitrariedade, sendo que o gestor sempre deverá observar em suas decisões os princípios constitucionais, como a impessoalidade, isonomia, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal). Dessa forma, a escolha pela atuação direta ou indireta no Estado no campo da saúde depende de uma decisão bem fundamentada, especialmente voltada para garantir a maximização deste direito da melhor forma ao maior número de pessoas.

Conforme Amartya Sen (2010, p. 77), deve-se privilegiar a máxima efetividade das liberdades instrumentais, o que inclui a saúde, não importando com qual tipo de instituição isto será realizado, podendo ser efetivado por “iniciativas privadas além de

disposições públicas, bem como estruturas mais mescladas, como organizações não governamentais e entidades cooperativas”.

No mesmo sentido Marçal Justen Filho (2014, p. 93-94):

É fundamental eliminar o preconceito de que as organizações estatais possuem justificativas de existência em si mesmas. O Estado existe não para satisfazer as suas estruturas burocráticas internas nem para realizar interesses exclusivos de uma classe dominante (qualquer que seja ela).

(...) O direito administrativo – e o Estado, assim como outras instituições não governamentais que desempenham atividades similares – somente se justificam como instrumentos para a realização de direitos fundamentais, que são decorrência da afirmação da dignidade humana. (...)

O direito administrativo disciplina a atividade administrativa pública de satisfação dos direitos fundamentais, seja ela desempenhada pelo Estado ou por entidades não estatais. **O relevante, portanto, é a natureza da atividade e os fins a que ela se norteia, não a qualidade dos sujeitos que a desenvolve.** (grifo nosso)

O presente trabalho não tem como objetivo agasalhar qualquer corrente ideológica, seja privatista ou estatista, mas sim demonstrar a possibilidade de utilização da concessão administrativa nos serviços públicos de saúde, como mais um instrumento ao gestor público de efetivação do direito à saúde.

2.6 Classificação dos serviços de saúde

O sistema constitucional brasileiro poderia, supostamente, abarcar quatro concepções doutrinárias de serviço público, que são divididas conforme a sua maior ou menor extensão.

A concepção **amplíssima de serviço público**, a qual deriva da escola clássica do serviço público de *Léon Duguit* e considera como serviço público todas as atividades desempenhadas pelo Estado ou um sinônimo da própria Administração Pública no sentido orgânico (ARAGÃO, 2013, p. 138).

A segunda vertente, denominado de **concepção ampla de serviço público**, dispõe que os serviços públicos seriam as atividades prestacionais em geral do Estado, abrangendo os serviços públicos econômicos (remunerados por tarifa ou taxa), os serviços *uti universi* (natureza indivisível) e os serviços sociais (que podem ser explorados por particulares sem delegação – exemplos: saúde e educação) (ARAGÃO, 2013, p. 142).

A terceira posição, a **concepção restrita de serviço público**, abarca somente as atividades prestacionais individualizáveis, nas quais o beneficiário é identificado e o seu proveito mensurado, o que afasta os serviços *uti universi*. Assim, esta englobaria apenas os serviços sociais e os públicos econômicos (ARAGÃO, 2013, p. 143).

Por fim, a **concepção restritíssima de serviço público** que considera serviços públicos as atividades que podem ser financiadas por taxa ou tarifa, portanto, específicas e divisíveis, somando-se a titularidade exclusiva do Estado, somente podendo ser exploradas pela iniciativa privada por meio de delegação (ARAGÃO, 2013, p. 143).

Assim sendo, as três primeiras concepções consideram os serviços de saúde como serviços públicos, já a concepção restritíssima exclui os serviços sociais, pois estes não são exclusivos do Estado, tendo em vista que o texto constitucional permitiu a participação de particulares sem a necessidade de delegação, ainda que sejam áreas de relevante interesse social que geram uma forte regulação estatal.

O jurista Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 151) adota o conceito **restrito de serviço público**, por considerá-lo mais operacional, ao incluir no rol os serviços públicos econômicos e sociais, definindo-o da seguinte forma:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

Por outro lado, Dinorá Adelaide Musetti Grotti se filia a concepção **ampla dos serviços públicos**, incluindo em seu conceito os serviços *uti universi* (indivisíveis). Segundo a autora, no ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal traça dois sentidos de serviço público:

o sentido orgânico ou subjetivo, com significado de aparato administrativo do Estado (arts. 37, XIII; 39, § 7º; 40, III; 40, § 16º; 136, § 1º, II; ADCT art. 2º, § 1º; art. 8º, § 4º; 19 e 53) e o objetivo, significando uma modalidade de atividade de natureza pública (arts. 21, X, XI, XII, XIV; 30, V; 37, § 6º; 54, I, “a”; 61, § 1º, II, “b”; 139, VI; 145, II; 175; 198; 202, § 5º; 223; 241; ADCT art. 66). (2003, p. 89)

No sentido objetivo, que é o serviço público como uma espécie de atividade de natureza pública, é possível vislumbrar uma subdivisão: (i) atividades de prestação que atendem a necessidades individuais (são denominados serviços *uti singuli*, ou seja,

divisíveis e fruíveis individualmente); (ii) atividades de prestação que satisfazem necessidades genéricas e indivisíveis, fruíveis por toda a coletividade (são chamados de serviços *uti universi*).

Parte da doutrina considera que somente as atividades sob titularidade exclusiva do Estado, nas quais a participação privada depende de delegação, podem ser considerados serviços públicos, na linha da concepção restritíssima, excluindo os serviços sociais. Entretanto, esta última vertente não tem respaldo constitucional e não representa o entendimento aqui disposto.

O autor Paulo Modesto (2005) também adota a **concepção restritíssima de serviços públicos**. Sua tese é desconstruir a dicotomia entre serviço público e atividade de exploração econômica (também denominada “modelo de soma zero”), fundada em um contexto de Estado Liberal, na qual o Estado monopoliza a prestação de serviços de natureza pública e os particulares detêm o domínio da atividade econômica em sentido estrito. Ao Estado é proibida a atuação direta na economia, excetuando-se casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (MODESTO, 2005, p. 2-3).

Para ele este posicionamento se mostra superado, insuficiente para classificar as atividades no panorama do Estado Social, o qual admite uma zona híbrida, rompendo com o modelo dicotômico rígido de separação entre atividades públicas e privadas (MODESTO, 2005, p. 7).

Desta forma, Paulo Modesto (2005) apresenta três categorias de atividades de prestação pública: (i) serviços públicos; (ii) serviços de relevância pública; (iii) serviços de exploração econômica.

Ao conceituar serviço público, ele inclui como requisito a titularidade do Poder Público, o que exclui os serviços sociais de seu conceito:

(...) a atividade de prestação administrativa material, direta e imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, posta concretamente à disposição de usuários determinados ou indeterminados, sob regime de direito público, em caráter obrigatório, igualitário e contínuo, com vistas a satisfazer necessidades coletivas, sob titularidade do Poder Público (MODESTO, 2005, p. 15-16).

Nesta linha, os serviços de saúde se enquadrariam na categoria de atividades de relevância pública, a qual é uma zona de convergência, na qual tanto o Estado, como os particulares atuam em caráter ordinário. A participação do Estado é obrigatória na execução, fomento e fiscalização, já o particular atua com liberdade de iniciativa e sem delegação do Poder Público (por direito próprio):

São atividades de relevância pública as **atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso (MODESTO, 2005, p. 19).**

No entanto, o presente trabalho discorda da concepção restritíssima de serviços públicos ao considerar que os serviços sociais, especialmente aqueles atinentes à saúde, são serviços públicos quando prestados, pelo Poder Público, inclusive, porque a própria Constituição Federal cita expressamente como “serviços públicos”, as ações e serviços de saúde fornecidos pelo Estado, direta ou indiretamente, sendo, portanto, integrantes do SUS (dispositivos 34, inciso VII, alínea “e”, 35, inciso III, 166, § 9º e 10, 167, IV, 198, *caput*, § 2º, além do artigo 77, inciso I, alínea “a” e § 3º do ADCT²⁵). Por isso, a denominação de “serviços compartilhados” aos serviços sociais (ARAGÃO, 2013, p. 177).

Dessa forma, todo o conjunto de serviços de saúde, fornecido pelo Estado ou pela iniciativa privada, por direito próprio, considera-se um *serviço de relevância*

²⁵ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e **serviços públicos de saúde**.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e **serviços públicos de saúde**;

Art. 166. § 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e **serviços públicos de saúde**.

§ 10. A execução do montante destinado a ações e **serviços públicos de saúde** previsto no § 9º, inclusive custeio, será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2º do art. 198, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais.

Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e **serviços públicos de saúde**, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

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

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e **serviços públicos de saúde** recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e **serviços públicos de saúde** serão equivalentes:

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e **serviços públicos de saúde** no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e **serviços públicos de saúde** e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

pública, conforme denominação do artigo 197 da Magna Carta, pois, ainda que prestado por particulares, sem a delegação do Poder Público, será altamente regulado em razão da sua importância ao bem-estar social. Assim, percebe-se que a utilização de “serviços de relevância pública” tem uma aplicação diversa daquela vista na tese de Paulo Modesto.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Ainda, os serviços de saúde prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, integrantes do SUS, podem ser denominados “serviços públicos de saúde”.

Portanto, as expressões “serviços de saúde de relevância pública” e “serviços públicos de saúde” serão utilizadas de acordo com a explicação supramencionada.

2.7 Sistema de saúde brasileiro

O sistema de saúde brasileiro apresenta basicamente duas vertentes: o sistema público, denominado Sistema Único de Saúde – SUS, e o sistema privado, conhecido por Saúde Suplementar.

O SUS tem como marco normativo a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, também designada de Lei Orgânica da Saúde – LOS. Já a saúde suplementar tem suas diretrizes definidas na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

No SUS os serviços de saúde podem ser prestados diretamente ou indiretamente, isto é, com a participação privada. Esta atuação particular é a denominada “participação privada complementar”, prevista no artigo 199, § 1º da Constituição Federal.

Já a participação privada suplementar, que ocorre por direito próprio do particular e sem delegação, está prevista no dispositivo 199, “caput”, da Magna Carta, o qual determina que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

Dessa forma, verifica-se que os particulares podem atuar nos serviços de saúde de duas perspectivas distintas: (a) A atuação interna ao SUS, segundo as diretrizes deste (Lei nº 8.080/90), mediante contrato ou convênio com o Poder Público responsável pela

prestação; (b) O exercício externo ao SUS, com base normativa na Lei de Planos e Seguros Privados.

2.7.1 Distinção entre a participação privada complementar e suplementar nos serviços de saúde

A participação privada nos serviços de saúde pode ser dividida entre suplementar e complementar.

A expressão “saúde suplementar”, expressa no artigo 199, caput da Constituição Federal, designa a atuação dos particulares externa ao Sistema Único de Saúde – SUS, ou seja, a prestação não incluída nos serviços públicos de saúde. Esta participação é regulada pela Lei nº 9.656/98 – Lei dos Planos e Seguros de Saúde, bem como regulamentada e fiscalizada pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961/00).

Assim, as ações e serviços da saúde suplementar não caracterizam ações e serviços públicos de saúde, não se subordinando às diretrizes do SUS. Entretanto, trata-se de um importante setor na área da saúde, já que é responsável pelo atendimento de grande parte da parcela da população. Dados de 2010 do Conselho Federal de Medicina apontam cerca de 46,6 milhões de brasileiros (aproximadamente 24% da população)²⁶. Em razão da importância da saúde suplementar em termos proporcionais de atendimento somada a relevância pública das ações e dos serviços de saúde, há uma forte regulação estatal, que, neste campo, é exercido pela ANS.

Ainda, a saúde suplementar (os investimentos privados nos serviços de saúde) no Brasil equivale a quase 50% do total de investimentos (OMS, 2013)²⁷, aproximando-se da porcentagem dos EUA (OMS, 2013)²⁸. O que demonstra a grande importância dos particulares prestadores de serviços de saúde e da inverteza do SUS ser um sistema universal e igualitário.

A saúde complementar, a qual é objeto do presente estudo, está prevista

²⁶ Mais informações no endereço eletrônico: portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22200:informacoes-sobre-a-saude-suplementar-no-brasil&catid=3.

²⁷ Dado obtido no site oficial da Organização Mundial de Saúde (OMS) – *World Health Organization (WHO)*. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.country.country-BRA>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

²⁸ Dado obtido no site oficial da Organização Mundial de Saúde (OMS) – *World Health Organization (WHO)*. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.country.country-USA>>. Acesso em: 15 jan. 2016

no artigo 199, § 1º da Constituição Federal de 1988 e se refere à atuação junto ao Sistema Único de Saúde – SUS, isto é, a prestação dos serviços públicos de saúde. Conforme os ditames constitucionais, esta participação deve respeitar todas as diretrizes do SUS, ser realizada por contrato de direito público ou convênio e dar preferência para entidades filantrópicas e sem fins lucrativos (terceiro setor).

2.8 Serviços públicos de saúde

Conforme já mencionado, a saúde é considerada direito fundamental, prevista na Constituição Federal entre os direitos sociais (art. 6º). Assim, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Portanto, o texto constitucional estabelece que é responsabilidade do Estado gerir, mediante políticas sociais e econômicas, as ações e serviços de saúde que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, assim como garantir o acesso universal e igualitário a eles.

Dessa forma, o Sistema Único de Saúde – SUS foi criado com o objetivo de concretizar este importante dever do Poder Público, o qual constitui um “organismo” que agrega o aparelhamento necessário para a garantia do Direito à saúde.

O SUS reúne todo o conjunto de ações e serviços de saúde públicos, executados por diversos órgãos e instituições jurídicas. Isto é, todos os recursos públicos (materiais e humanos) em matéria de saúde o integram.

Ele é a instituição jurídica²⁹ criada pela Constituição para organizar todos os meios de atuação no campo da saúde pública (ações, equipamentos, serviços), formando um arranjo voltado à efetivação da atenção integral à saúde.

O artigo 198 da CF estabelece as suas principais diretrizes: (I) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (II) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas; (III) participação da comunidade. Os parágrafos 1º ao 3º deste dispositivo fixam a fonte e a forma de financiamento dos serviços públicos de saúde, definindo percentuais mínimos de aplicação para os entes federados.

²⁹ Denominação utilizada por Fernando Aith (AITH, 2007).

Também consta do texto constitucional, no artigo 200, algumas competências do SUS³⁰. Além de direcionar a atuação das instituições públicas nos serviços públicos de saúde (artigos 196, 197, 198, *caput* e 199).

2.8.1 Formas de prestação

O artigo 197 da Constituição dispõe que:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua **execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado**. (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

Assim, as ações e serviços públicos de saúde são de responsabilidade do Poder Público, porém podem ser executados direta ou indiretamente, o que não excetua a sujeição aos princípios e diretrizes do SUS.

A execução direta é realizada por meio de diversas instituições jurídicas integrantes da Administração Pública, direta ou indireta, de todos os entes da federação, como o Ministério da Saúde, as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, as Autarquias, as Fundações, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas, etc.

A execução indireta é a referida pelo §1º do artigo 199 da Constituição Federal, o qual menciona hipóteses de delegação de serviços públicos de saúde por meio de contratos de direito público e de convênios. É um permissivo constitucional para a delegação do serviço público de saúde, que é uma atividade-fim do Estado, por meio de diversos modelos de ajuste

³⁰ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

Nestes casos de parcerias público-privadas, há delegação por parte do Poder Público para que o particular preste, em nome do Estado (SUS), em caráter complementar, o serviço público de saúde.

A participação privada no sistema público de saúde sempre se fez presente no Estado brasileiro, já que este não reúne as condições necessárias para garantir integralmente o direito fundamental à saúde. Portanto, relevante o papel exercido por estes particulares que auxiliam na consecução dos objetivos constitucionais.

Trata-se da denominada “saúde complementar”, a qual é composta por pessoas jurídicas de direito privado, as quais não integram a Administração Pública, que prestam as ações e os serviços públicos de saúde, mediante delegação do Poder Público por algum arranjo jurídico, subordinadas a todas as balizas normativas impostas ao SUS (diretrizes, objetivos, notadamente, a gratuidade³¹, a integralidade e a universalidade).

2.8.2 Complementariedade na Constituição Federal

Cabe verificar o significado da complementariedade prevista no artigo 199, § 1º da Constituição Federal. Parte da doutrina e da jurisprudência pátria entende que a previsão constitucional de participação complementar de particulares no SUS significa o dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde, como se a expressão “complementar” fosse sinônima de “subsidiária”. Não é a adotada pelo presente trabalho.

Esta posição tem efeitos nefastos, especialmente, na geração de insegurança jurídica na celebração de parcerias entre o setor público e o privado, o que obsta a evolução e a modernização do aparelhamento estatal, e, conseqüentemente, dificulta a máxima efetivação do direito fundamental à saúde. Além de representar a corrente mais radical do movimento sanitário brasileiro, a qual já foi afastada na *Oitava Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS)*, em 1986, antes mesmo da promulgação da Magna Carta brasileira (MÂNICA, 2010, p. 162).

³¹ O princípio constitucional da gratuidade nos serviços públicos de saúde não é consenso na doutrina, conforme se verifica na posição do jurista Fernando Borges Mânica (2010, p. 135), o qual entende que “é perfeitamente possível a cobrança pela prestação de serviços de saúde de pessoas que tenham condições de pagar por eles”. Diferentemente, posicionam-se Fernando Aith (2007, p. 352), Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 74-75), os quais citam a gratuidade como um princípio constitucional do direito à saúde.

Nesta Conferência foi decidido que a participação privada no SUS deveria se dar com base nas diretrizes e no regime jurídico dos serviços públicos de saúde, por meio da devida contratação. A grande preocupação era instrumentalizar as parcerias com o setor privado, permitindo que os serviços públicos de saúde prestados indiretamente fossem devidamente fiscalizados e controlados pelo Poder Público (MÂNICA, 2010, p. 95).

Portanto, a ideia do movimento sanitário não era afastar a participação privada nos serviços públicos de saúde, o que pragmaticamente seria impossível em razão da incapacidade de o Estado absorver diretamente todas as prestações no âmbito da saúde para si, e sim de impor a adoção da contratualização das parcerias público-privadas (em sentido amplo) na saúde para determinar a soberania do Poder Público e do interesse coletivo, submetendo tais ajustes aos princípios basilares do SUS, além de retirar a precariedade do vínculo e transparecer seus dados, possibilitando a inspeção interna e externa.

Na linha do autor Fernando Borges Mânica (2010, p. 159-170), é verificável que o texto constitucional em nenhum momento determinou a obrigação estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde. Ainda, conforme já discorrido, a interpretação da Constituição Federal deve visar à máxima efetividade do direito fundamental à saúde, além de observar a realidade e as limitações fáticas existentes.

Assim, no caso concreto, na hipótese de ser mais eficiente a prestação dos serviços públicos de saúde de maneira indireta, ou seja, pela participação privada complementar no SUS, não se justifica a manutenção da interpretação de que o Estado tem o dever de prestar diretamente tais atividades.

Ainda, a hermenêutica constitucional deve ser contextualizada com o atual paradigma, que envolve alterações no modo de conceber o Estado e a Administração Pública nas últimas décadas, especialmente após a Década de 80, o que deriva de nova ideologia e da tentativa de superar crises fiscais.

Dessa forma, a interpretação constitucional, assim como o filtro constitucional nas demais normas, devem refletir a implantação do modelo gerencial da Administração Pública, no qual observa-se o aumento das parcerias público-privadas na consecução de objetivos de interesse público, buscando maior agilidade e eficiência, além de auxílio para a crise fiscal do Estado.

Logo, é necessário assegurar a estabilidade e a transparência nos vínculos entre o setor privado e a Administração Pública nos serviços públicos de saúde, já que a participação de agentes privados na saúde mostrou-se imprescindível na história nacional e internacional, em razão das limitações materiais do Estado.

O que impõe o dever estatal de criar um arcabouço jurídico para sistematizar a contratualização no âmbito da saúde, garantindo a aplicação dos princípios e diretrizes do SUS, além de assegurar uma prestação estável e segura de tais serviços, objetivando a máxima efetivação do direito à saúde.

Assim sendo, o Estado tem a obrigação constitucional de garantir o direito à saúde, porém a forma como irá efetivar este dever não é taxativa, ficando a cargo do gestor público, para que, dentro da sua discricionariedade, escolha a opção mais eficiente ao caso concreto.

Portanto, a participação privada deve ser entendida como complementar às atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por particulares, já que algumas envolvem controle e fiscalização, próprio do poder de polícia estatal. Isto é, conforme já mencionada a diferença entre “atenção à saúde” e “assistência à saúde”, tem-se que a primeira se refere a todo conjunto de ações estatais que envolvam a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, enquanto a segunda é utilizada para indicar a prestação de serviços voltados diretamente à promoção, proteção ou recuperação da saúde das pessoas.

A participação privada no SUS não tem limitação quanto à assistência à saúde, e sim nas ações de saúde de competência exclusiva do Poder Público. Neste sentido:

(...) pode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve *complementar as atividades de competência do SUS*, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiros. Assim, quando a Constituição Federal menciona a *complementariedade* da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização (MÂNICA, 2010, p. 163).

Por óbvio, estas considerações não devem ser entendidas como a defesa pela prevalência da prestação de serviços públicos de saúde por agentes privados. Na verdade, o objetivo é demonstrar que a Constituição Federal não elegeu nenhuma forma preferencial de prestação dos serviços públicos de saúde, seja ela privada, seja ela pública.

O texto constitucional apenas estabeleceu o dever estatal de garantia do direito fundamental à saúde, podendo a prestação dos serviços públicos de saúde ser direta ou indireta, devendo a escolha ser efetivada no âmbito de cada ente federativo, conforme considerar mais adequado o administrador público. Notoriamente, este deve obedecer aos

princípios da Administração Pública, com ênfase para a impessoalidade, moralidade e eficiência, e buscar a concretização máxima do direito à saúde.

2.8.3 Preferência por entidades sem fins lucrativos

O texto constitucional ao prever a participação privada complementar no SUS, também estabeleceu a preferência pelas entidades sem fins lucrativos. Por isso, a participação do terceiro setor no campo da saúde é extremamente relevante.

A expressão “terceiro setor” é utilizada para diferenciar este segmento do Estado (primeiro setor) e da iniciativa privada voltada à exploração econômica com fins lucrativos (segundo setor) (JUSTEN FILHO, 2014, p. 329).

O terceiro setor é composto por organizações privadas, sem fins lucrativos (também denominadas de organizações não governamentais ou entidades paraestatais), que realizam atividades de interesse coletivo, como assistência social, saúde, pesquisa, proteção do meio ambiente etc. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 329).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 550), as entidades integrantes do terceiro setor “são definidas como *pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa*, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, *mediante fomento e controle pelo Estado*”.

Conforme Marçal Justen Filho (2014, p. 331), “as entidades do terceiro setor podem assumir duas formas jurídicas de direito privado, que são as fundações e a associação civil”.

Ainda, o terceiro setor pode ser auxiliado pelo Estado, o qual lhe atribui algumas atividades, propiciando uma atuação conjugada com fim de promover o interesse público e uma alocação mais eficiente dos recursos públicos e privados (JUSTEN FILHO, 2014, p. 332).

Para Boaventura de Souza Santos (1999, p. 14), o terceiro setor é o “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.

A formalização da atuação associada das entidades do terceiro setor e do Poder Público pode ser efetuada por meio de:

(I) **Convênio**, instrumento nacional (aplicável a todos os entes), conforme a doutrina clássica, é uma contratação sem interesses contraditórios entre as partes, com o intuito de união de esforços para exercer uma atuação sem finalidade lucrativa. Com a edição da Lei nº 13.019/14, com base no seu artigo 84, os convênios, regidos pela Lei nº 8.666/93, ficaram restritos às parcerias firmadas entre os entes federados³² e no setor de saúde complementar ao SUS³³, inclusive em razão da previsão constitucional (art. 199, § 1º da CF/88).

(II) **Contrato de gestão**, instituído pela Lei nº 9.637/98 (lei federal), é firmado entre a Administração Pública (União) e a organização social (OS). A organização social não é uma nova espécie de pessoa jurídica, ela é uma qualificação jurídica atribuída a fundação ou associação civil já existente, que, em razão do preenchimento de requisitos legais, determina um regime jurídico especial, com direitos e deveres específicos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 333).

(III) **Termo de parceria**, previsto pela Lei nº 9.790/99 (lei federal), formaliza a atuação da Administração Pública (União) conjuntamente com as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip). A Oscip não é uma nova pessoa jurídica, similarmente à organização social, ela é uma qualificação atribuída a fundação ou associação civil após o cumprimento das exigências legais, a qual impõe um regime jurídico especial, com deveres e direitos peculiares.

Os contratos de gestão e os termos de parceria são instrumentos contratuais utilizados pela União, já que são lei federais, que abrangem apenas a atuação deste ente federativo. Dessa forma, é possível que os demais entes federativos estabeleçam a sua própria normatização a respeito, criando mecanismos semelhantes.

(IV) **Termo de colaboração**, introduzido pela Lei nº 13.019/14 (lei nacional), é a ferramenta utilizada para formalizar as parcerias estabelecidas pela Administração Pública (todos os entes da federação) com organizações da sociedade civil, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelo Poder Público que envolvam a transferência de recursos financeiros.

³² Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

³³ Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015) (BRASIL, 2014).

(V) **Termo de fomento**, também criado pela Lei nº 13.019/14 (lei nacional), é instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias entre a Administração Pública (todos os entes da federação) e as organizações da sociedade civil, para a execução de fins de interesse público e recíproco propostas por estas, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

(VI) **Acordo de cooperação**, introduzido pela Lei 13.204/15 que alterou a Lei nº 13.019/14 (lei nacional), é o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública (todas as esferas federativas) com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

Cabe destacar que, em decorrência da alteração na Lei nº 13.019/14 promovida pela Lei nº 13.204/15, no âmbito da saúde, não há que se falar em termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação, já que este setor foi expressamente excluído da abrangência da lei.

3 AS PARCEIRAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO NA SAÚDE COMPLEMENTAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já discorrido, antes da promulgação da Constituição de 1988, grande parte da prestação dos serviços públicos de saúde era efetuada por particulares. “A rede privada de saúde expandiu-se, sensivelmente, com maior vigor nas décadas de 60 e 70, constituindo-se na década de 90, em 76% da oferta de leitos hospitalares no país” (BRASIL, 2003, p. 107).

A estrutura material era basicamente de instituições privadas, mesmo na segunda metade do século XX, que foi marcada pela intervenção estatal e pela expansão da prestação direta do Estado nas atividades econômicas e sociais. Dessa forma, o setor da saúde representou uma exceção ao contexto.

Além disso, diante da falta de regulamentação e de políticas públicas voltadas para os serviços públicos de saúde, estes eram realizados de acordo com os interesses dos entes privados, sem a consideração do interesse público.

Por isso, o movimento sanitário almejava a sistematização das formas de ajustes com o setor privado, submetendo-o às políticas públicas e ao interesse público, o que restou evidente na VIII Conferência Nacional de Saúde, e influenciou intensamente o texto constitucional de 1988.

A Constituição Cidadã, assim denominada pela consagração dos diversos direitos sociais, refletindo o movimento contemporâneo, originou o “processo de publicização dos prestadores por meio da contratualização, a ser levada a cabo a partir de ajustes aptos a definir os deveres dos entes privados, bem como proporcionar seu controle e fiscalização” (MÂNICA, 2010, p. 190).

É importante ressaltar que a contratualização não significa a privatização dos serviços de saúde, pois o Estado continua sendo o responsável pela garantia deste direito fundamental. Porém, esta prática permite com maior eficiência o controle, a fiscalização e a verificação dos resultados proporcionados com as parcerias público-privadas³⁴ (SIDDIQI; MASUD; SABRI, 2006, p. 827)³⁵.

³⁴ Em sentido amplo.

³⁵ “We conclude that contracting as a purchasing tool, when applied judiciously, could contribute to the improvement of health system performance. Contracting does not mean privatization of health services. While the state cannot divest itself from the responsibility of ensuring essential health functions, contracting out may provide an opportunity to obtain greater control over private providers in developing countries with poor regulatory

Apesar da utilização (equivocada) do termo “estatização”³⁶ pelo movimento sanitarista, percebe-se que o objetivo, com a exceção da ala radical, não era a exclusão das entidades privadas na prestação dos serviços públicos de saúde, inclusive pela inviabilidade fática, já que estas detinham grande parte da base material. A finalidade era introduzir um processo de publicização, subordinando os particulares às diretrizes de um sistema público, com políticas públicas definidas pelo interesse coletivo, com a “adoção dos contratos de direito público para a disciplina das relações com prestadores privados” (MÂNICA, 2010, p. 215).

No Brasil, durante a transição entre o modelo *bismarckiano* (contributivo), na época sob competência do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS³⁷, para o modelo *beveridgeano*, baseado no sistema nacional de saúde universal e prescindível de contribuição, foi editada a Portaria nº 1.286, de 26 de outubro de 1993, pelo Ministério da Saúde, definindo prazos para a contratualização entre o setor público com os prestadores privados, regulamentando a Lei Orgânica da Saúde - LOS (Lei nº 8.080/90).³⁸

Ademais, tal portaria, visando facilitar o referido procedimento, trouxe quatro modelos de contratos³⁹ que poderiam ser utilizados pelos entes federados, com ênfase para os municípios, em razão da competência destes para a celebração de contratos e convênios com os prestadores privados estabelecida pela LOS.

capacity. Five supporting elements have been proposed for effective contractual arrangements: a few clearly defined deliverables; supportive stakeholders; trust between contractor and agency contracted to deliver services; independent source of monitoring information; and a legal system and political environment which convinces both sides that the contract will actually be enforced” (SIDDIQI; MASUD; SABRI, 2006, p. 827).

³⁶ O termo estatização “significa transformar prestadores de natureza privada em prestadores de natureza pública” (MÂNICA, 2010, p. 191).

³⁷ O INAMPS foi extinto por meio da Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993.

³⁸ Art. 11. Fica concedido o prazo de cento e oitenta dias, a contar da publicação desta Portaria, para Municípios e Estados celebrarem, mediante procedimento licitatório e conforme o disposto nesta Portaria, contratos referentes aos serviços de saúde que vêm sendo prestados pelo setor privado sem “termo de contrato” e à conta do extinto INAMPS.

§ 1º Excepcionalmente, o prazo estabelecido pode ser prorrogado, mediante justificativa dos órgãos gestores, e aprovação da Comissão Intergestores Tripartite.

§2º Decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o Ministério da Saúde ficará exonerado da obrigação de pagar, diretamente ou mediante repasse de recursos a Municípios e Estados, serviços privados contratados em desconformidade com o disposto nesta Portaria, sejam com novos prestadores ou com prestadores anteriormente contratados pelo extinto INAMPS. (BRASIL, 1993)

³⁹ ANEXO I - Contrato de Prestação de Serviços Hospitalares e Técnico-Profissionais de Assistência à Saúde; ANEXO II – Contrato de Prestação de Serviços Técnico-Profissionais Especializados; ANEXO III – Contrato de Prestação de Serviços Técnico-Profissionais Especializados; ANEXO IV – Contrato de Prestação de Serviços Técnico-Profissionais (Pessoa Física) (BRASIL, 1993).

Porém, a formalização contratual, prevista tanto na Constituição, como na referida portaria, foi amplamente desrespeitada, sendo que o Ministério da Saúde continuou a repassar os recursos aos prestadores privados, independentemente da realização de contrato.

João Cláudio Basso Pompeu (2004, p. 74-75) realizou uma estimativa com dados extraídos do CNES – Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, da Situação Contratual da Rede Privada por Unidade da Federação, em março de 2004, constatando que apenas 18,96% dos estabelecimentos privados vinculados aos SUS estavam formalmente contratados, o que demonstra que muitos entes da federação desconsideraram a norma de celebrar contratos com os prestadores privados de serviços públicos de saúde, mantendo o modelo anterior à Constituição de 1988.

A publicação de 2007, denominada “Manual de orientações para contratação de serviços no Sistema Único de Saúde” do Ministério da Saúde, ressaltou a ausência de contratualização no SUS:

Em 1993 o ministério da saúde publica a portaria 1.286/93 que normatiza a contratação de serviços de saúde por gestores locais do SUS e indica a necessidade de cláusulas que devam constar nos contratos e como anexo apresenta modelos. **Poucos gestores implementaram a portaria, como demonstrado pelos dados do CNES – Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde** – que, tem um total de 92.950 estabelecimentos de saúde, sendo que 44.194 são privados. Desses estabelecimentos privados cadastrados, 89% prestam algum serviço ao Sistema Único de Saúde. O CNES demonstra que apenas 4.866 desses estabelecimentos possuem contratos firmados com o SUS. **Portanto, temos um contingente de 87,6%, sem contrato com o setor público** e, os que o fizeram, na maioria das vezes, não atualizaram essas relações à luz das necessidades de oferta, ocorrendo o que poderíamos chamar de recontração daqueles prestadores que já vinham participando da rede complementar e cujos contratos já estavam sem validade e sendo pagos por indenização. (BRASIL, 2007, p. 5-6) (grifo nosso)

No mesmo sentido, Fernando Borges Mânica (2010, p. 193) fez o levantamento com dados do CNES, em outubro de 2008, verificando que 84,90% dos estabelecimentos privados prestadores de serviços públicos de saúde não tinham contrato com a esfera federativa respectiva.

Dessa forma, é possível constatar que a contratualização imposta pela Constituição Federal não foi respeitada por um longo período. Porém, atualmente, também com dados do CNES, de 06 de julho de 2016, verifica-se que a totalidade dos prestadores privados de serviços públicos de saúde possui contrato/convênio com a Administração Pública. Conforme Tabela 1 abaixo:

TABELA 1 – Indicadores de contratos e convênios

Indicadores Contratos/Convênios	Total com contrato	Total sem contrato	Total geral
Acre	802	0	802
Alagoas	3127	0	3127
Amazonas	2289	0	2289
Amapá	517	0	517
Bahia	15280	0	15280
Ceará	10484	0	10484
Distrito Federal	5258	0	5258
Espírito Santo	6028	0	6028
Goiás	8989	0	8989
Maranhão	5050	0	5050
Minas Gerais	37393	0	37393
Mato Grosso do Sul	4321	0	4321
Mato Grosso	5295	0	5295
Pará	6218	0	6218
Paraíba	5563	0	5563
Pernambuco	8622	0	8622
Piauí	3699	0	3699
Paraná	22351	0	22351
Rio de Janeiro	20001	0	20001
Rio Grande do Norte	4070	0	4070
Rondônia	2579	0	2579
Roraima	583	0	583
Rio Grande do Sul	22958	0	22958
Santa Catarina	14630	0	14630
Sergipe	3337	0	3337
São Paulo	70162	0	70162
Tocantins	1662	0	1662

FONTE: BRASIL. Ministério da Saúde. **Indicadores de contratos e convênios**. Secretaria de Atenção à Saúde, 2016. Disponível em: <http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Contratos.asp?VEstado=&VMun=>. Acesso em: 06 jul. 2016.

Portanto, apesar da imensa demora na implantação do modelo constitucional imposto, nos dias de hoje, a contratualização em relação aos prestadores privados dos serviços públicos de saúde avançou, atingindo a porcentagem de 100% em todos os Estados e Municípios da Federação.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 197 que a prestação dos serviços de saúde deve ser realizada diretamente pelo Estado ou por terceiros.

Como os serviços de saúde são atividades essenciais, percebe-se que é uma hipótese de delegação de atividades-fim do Estado⁴⁰. Em complementação, o dispositivo constitucional 199, § 1º, prevê duas hipóteses para a transferência da gerência dos serviços públicos de saúde aos particulares: *contratos de direito público e convênios*.

Dessa forma, verifica-se que o constituinte optou por utilizar duas expressões “convênios” e “contratos de direito público”, e com base na hermenêutica, tem-se que o texto normativo não possui palavra inútil, supérflua ou sem efeito.

Por isso, insta delinear melhor estes dois modelos constitucionalmente previstos para as parcerias entre os setores público e privado na saúde complementar.

3.1. Distinção entre convênio e contrato de direito público

A doutrina clássica apresenta uma distinção entre convênio e contrato como espécies jurídicas diversas⁴¹. No convênio os participantes têm interesses comuns e coincidentes, já no contrato os signatários têm interesses antagônicos e diferentes.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 237-238) entende que o “convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias” e conclui que os convênios não têm natureza contratual. A principal diferença citada pela autora é a relativa aos interesses, que, no convênio são comuns e recíprocos, enquanto que no contrato são antagônicos e contraditórios.

⁴⁰ Fernando Borges Mânica entende que é uma terceirização de atividade-fim do Estado, dos serviços públicos de saúde. “Por terceirização (...) deve entender-se a execução de serviço realizada por pessoas físicas sem vínculo de natureza estatutária ou trabalhista com Estado ou por pessoas jurídicas de direito privado” (MÂNICA, 2010, p. 195). Dessa forma, para o autor, o setor da saúde apresenta especificidades que diferenciam a aplicação da teoria jurídica acerca da terceirização na Administração Pública.

⁴¹ Cabe ressaltar que o presente trabalho não adota a distinção da doutrina clássica no tocante aos convênios e contratos.

Por outro lado, a teoria contratual contemporânea critica esta contraposição de convênio *versus* contrato como categorias paralelas, bem como a negação da natureza contratual dos convênios.

Fernando Borges Mânica (2010, p. 202) considera contrato administrativo como o ajuste entre a Administração e o particular com regime jurídico consensual, com maior ou menor predominância do exercício do poder estatal exorbitante⁴². Para ele o convênio deve ser entendido como espécie de contrato, pois é fictícia a ideia de que em todos os convênios há convergência de interesses, já que o setor privado (mesmo que sem fins lucrativos) pode apresentar interesses próprios opostos aos da Administração, à finalidade do convênio.

Nesta linha, Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 240) propõe uma definição de contrato administrativo como todo ajuste de vontades de partes diversas, com a finalidade de se criar uma situação jurídica, que a Administração utilize para melhor desempenhar suas funções, sofrendo a incidência do regime de Direito público autoexecutório inerente à ação administrativa, de forma peculiarmente intensa em cada módulo convencional, isto é, alguns modelos contratuais apresentarão mais prerrogativas do Poder Público, outros menos.

O grau de incidência deste regime será definido pelo objeto contratual, ou seja,

“há que se raciocinar finalisticamente com a função social do objeto contratual e, conseqüentemente, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga de prerrogativas autoexecutáveis de ação unilateral por parte da Administração” (ALMEIDA, 2012, p. 356).

Há quatro módulos convencionais: (i) módulos convencionais de cooperação; (ii) módulo convencionais de concessão; (iii) módulos convencionais instrumentais; (iv) módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração (ALMEIDA, 2012, p. 240 e 297).

Os módulos convencionais de cooperação indicam ajustes de vontades para uma atuação conjunta, para um mesmo fim. São exemplos o convênio, o consórcio administrativo, o contrato de repasse, o convênio de cooperação, o contrato de gestão, o termo de parceria, o consórcio público, o contrato de rateio, o contrato de programa, a sociedade e

⁴² MÂNICA (2010) considera o contrato de direito público gênero e o contrato administrativo uma espécie. Tal posicionamento não é adotado para o desenvolvimento desta dissertação.

associação de que o Estado participe e outras figuras de fomento de atividades privadas (ALMEIDA, 2012, p. 241).

Já os módulos de concessão representam um fenômeno convencional no qual a Administração delega “(...) à outra parte o exercício ou o uso de elemento que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular à sua função pública” (ALMEIDA, 2012, p. 279). São integrados pela concessão de serviços públicos, precedida ou não de obras públicas (Lei nº 8.987/95), a permissão de serviços públicos (Lei nº 8.987/95), a concessão patrocinada (Lei nº 11.079/04), a concessão administrativa (Lei nº 11.079/04), a concessão urbanística (Lei nº 10.257/01 e leis municipais) e a concessão de uso ou de exploração de bem público (concessão florestal – Lei nº 11.284/06; concessão minerária – Decreto-Lei nº 227/67; concessão de hidrocarbonetos – Lei nº 9.478/97; concessão de direito real de uso – Decreto-Lei nº 271/67; concessão de uso especial para fins de moradia – Medida Provisória nº 2.220/01) (ALMEIDA, 2012, p. 261-275).

São exemplos dos módulos convencionais instrumentais os contratos de obras, serviços, compras, alienações e locações (Lei nº 8.666/93); contratos que dispõem sobre a gestão de bens públicos (arrendamento, enfiteuse, superfície); seguro, financiamento e a locação em que o Poder Público seja locatário; contratos em que a Administração presta atividades econômicas em sentido estrito; entre outros (ALMEIDA, 2012, p. 284).

Os módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração representam o aumento da complexidade do fenômeno contratual do Poder Público. Nestes modelos contratuais, há convergência de vontades para criar uma situação jurídica específica: a substituição de um ato unilateral por uma convenção, com a finalidade de pacificação social, além de celeridade e eficiência das medidas pretendidas. São exemplos: a desapropriação consensual (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 10); o termo de ajustamento de condutas (TAC) com órgãos da Administração, em processo administrativo (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 6º); o compromisso de cessação de conduta (Lei nº 8.884/93) (ALMEIDA, 2012, p. 297-306).

Assim, todos os modelos contratuais integrantes dos módulos convencionais acima citados compõem a categoria dos contratos administrativos. As diferenças entre eles justificam apenas as modulações dos regimes jurídicos aplicáveis a cada caso.

Portanto, contrato administrativo⁴³ é o acordo de vontade entre a Administração e outra parte, que cria uma situação jurídica e que apresenta a incidência, em

⁴³ A expressão contrato administrativo é considerada sinônimo de contrato de direito público.

qualquer grau, do regime de direito público (prerrogativas de ações unilaterais pela Administração). É a tese adotada pelo presente estudo.

Há que se ressaltar que tanto pela doutrina clássica, como pela contemporânea, de forma predominante, as concessões translativas (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/04) sempre foram consideradas modalidades de contratos administrativos⁴⁴, assim como as concessões constitutivas⁴⁵.

Em que pese o debate doutrinário, percebe-se que a Constituição Federal ao utilizar as expressões “contrato de direito público” e “convênios” delimitou de forma ampla a delegação dos serviços públicos de saúde, podendo ser realizada por qualquer ajuste em que as partes tenham interesses diversos, desde que submetido ao regime jurídico publicista, ou, ainda, por ajustes em que os partícipes apresentem interesses comuns.

3.2 Contratos de direito público

Após superadas as considerações sobre convênio e contrato, é importante tecer algumas observações sobre a teoria do contrato administrativo no Brasil.

3.2.1 Teoria do contrato administrativo

O direito administrativo brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito francês, especialmente no que tange à teoria do contrato administrativo, em que pese o desenvolvimento de diferenças entre os dois sistemas (ALMEIDA, 2012, p. 41-43).

No século XIX, a celebração de contratos por parte da Administração Pública não foi alvo de preocupação para a formulação teórica. A origem do debate sobre o contrato administrativo se deu no início do século XX com a concessão de serviços públicos, sendo possível verificar a influência da doutrina francesa sobre o contrato administrativo, no que tange à sua subordinação a um regime administrativo especial. A concessão de serviço

⁴⁴ Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 299): “Colocamo-nos entre os que atribuem à concessão a natureza jurídica de contrato administrativo, sujeito a regime jurídico de direito público (...)”.

público era normalmente citada como típico contrato administrativo (ALMEIDA, 2012, p. 155-158 e 163).

A partir da década de 30, autores de direito administrativo passaram a discorrer especificadamente sobre o contrato administrativo, amparado no sentido francês de contrato subordinado a um regime especial de direito público (ALMEIDA, 2012, p. 160).

Os primeiros textos legislativos que trataram do tema, ainda que de forma esparsa, foram: o Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922) e o Regulamento para a execução do Código de Contabilidade Pública (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922) (ALMEIDA, 2012, p. 161).

No entanto, o primeiro texto normativo a introduzir no Brasil de forma sistemática o tema dos contratos administrativos foi o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, revogado posteriormente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. A partir deste momento, o direito administrativo brasileiro seguiu um regime fundado no modelo francês no que tange aos contratos administrativos (ALMEIDA, 2012, p. 163 e 198).

Durante todo o século XX, a jurisprudência pátria sempre aceitou a formulação teórica do contrato administrativo como subordinado a um regime especial de prerrogativas da Administração (ALMEIDA, 2012, p. 164).

A doutrina brasileira tem entendimento sedimentado no sentido de que os contratos celebrados pela Administração Pública sejam considerados contratos. Ainda, utiliza-se o termo “contrato” tanto no sentido genérico (amplo), como em sentidos específicos, de forma indistinta (ALMEIDA, 2012, p. 198-199).

Dessa forma, pode-se considerar a categoria contrato, na qual se tem como espécies o contrato de direito público e o contrato de direito privado (MÂNICA, 2010, p. 197-198). A distinção do contrato de direito público é que a Administração integra um dos polos e apresenta a incidência, em qualquer grau, do regime jurídico publicista.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 22, inciso XXVII, que:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e **contratação, em todas as modalidades**, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

Assim, a União Federal se baseou nesta regra de competência para editar a Lei nº 8.666/93. Logo em sua ementa consta o termo “contratos”: “Regulamenta o art.

37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e **contratos** da Administração Pública e dá outras providências” (BRASIL, 1993) (grifo nosso). O que é repetido em seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e **contratos administrativos** pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 1993) (grifo nosso)

“Contratação”, termo previsto no texto constitucional, significa a *ação de contratar*, o que diz respeito às regras do ato de contratar, como, por exemplo, imposição de licitação, obrigatoriedade de previsão dos recursos orçamentários, normas de controle interno e externo, que realmente devem ser aplicadas ao ato contratual de todos os entes federativos. Por outro lado, a expressão “contratos” utilizada pela Lei é o objeto da ação de contratar, envolvendo normas de tipos contratuais, cláusulas obrigatórias, as peculiaridades do regime jurídico, o que deveria integrar a autonomia legislativa de cada esfera da federação (ALMEIDA, p. 2012, p. 201).

Dessa forma, conforme Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 201-202), verifica-se que o legislador infraconstitucional interpretou equivocadamente o inciso XXVII do artigo 22 da Magna Carta, pois por se tratar de competência privativa da União deveria ser compreendido restritivamente, como uma exceção à autonomia legislativa dos entes federativos sobre Direito Administrativo⁴⁶.

Portanto, ao utilizar a expressão “contratos”, ao invés de “contratação”, ampliou-se a abrangência da referida Lei nacional, a qual passou a regular de forma geral as normas sobre contratos administrativos, o que para parte da doutrina representou uma violação ao princípio da autonomia federativa.

Entretanto, apesar da crítica acima referida, é majoritário o entendimento de assunção do termo “contratação” no mesmo sentido de “contrato” no

⁴⁶ A autonomia legislativa dos entes federados sobre Direito Administrativo decorre do princípio da autonomia federativa previsto no artigo 18 da Constituição Federal:

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos**, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988) (grifo nosso).

Dessa forma, qualquer limitação à competência administrativa das esferas da federação é sempre excepcional (ALMEIDA, 2012, p. 201).

dispositivo constitucional de competência, inclusive com manifestação do Supremo Tribunal Federal⁴⁷.

Assim, no tema dos contratos administrativos, a União expedirá normas gerais e os Estados e Municípios editarão normas específicas. O que não deve ser interpretado como apenas um modelo (regime) de contratos administrativos, mas sim como a existência de grande variedade de contratos administrativos e seus respectivos regimes, conforme a exigência do seu objeto.

Além da Lei nº 8.666/93 ser geral no que tange às competências constitucionais legislativas, ela também apresenta caráter geral em relação às outras normas de contrato administrativo editadas pela União (ALMEIDA, p. 2012, p. 202).

Isto é, há outras normas também gerais⁴⁸ sobre contratos específicos, como, por exemplo, a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre os contratos de concessão e permissão de serviços públicos e de concessão de obras públicas; a Lei nº 9.074/95, que trata das concessões e permissões de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético de cursos de água; a Lei nº 9.472/97, quanto à concessão no setor de telecomunicações; a Lei nº 9.478/97, referente à concessão de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; a Lei nº 11.079/04, que estabelece as parcerias público-privada⁴⁹; a Lei nº 11.107/05, a qual trata do consórcios públicos; a Lei nº 12.462/11, que define o regime diferenciado das contratações públicas, inclusive aplicável às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Conforme a Lei nº 8.666/93, no parágrafo único do artigo 2º, pode-se definir contrato como:

2º. (...) Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se **contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas**, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, 1993) (grifo nosso)

⁴⁷ Entendimento expresso no julgamento da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 927, o qual considerou que o artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal determinou a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de contrato administrativo, tratando como expressões sinônimas “contratação” e “contrato administrativo”. Somente seria inconstitucional em relação aos demais entes federados aquilo que extrapolasse o conceito de norma geral, ferindo a autonomia dos Estados e Municípios (ADI nº 927-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 3.11.93, Tribunal Pleno).

⁴⁸ No sentido de norma nacional, aplicável a todos os entes da federação.

⁴⁹ Em sentido estrito.

Este conceito legal é extremamente amplo ao afirmar que contrato é todo e qualquer acordo de vontades para a instituição de liames jurídicos, expandindo-se, assim, a abrangência da referida lei geral às figuras que se enquadrem na definição.

Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 203) critica esta extensão da Lei nº 8.666/93, pois não é pertinente, nem factível, a tentativa de reunir todos os modelos contratuais da Administração Pública em um único regime, especialmente detalhista, em razão da imensa variedade de circunstâncias a serem acordadas pelo Poder Público. Há grande variedade de contratos administrativos e seus respectivos regimes, conforme a exigência do seu objeto.

Portanto, a Lei de Licitação e Contratos da Administração Pública não esgota o regime jurídico de todos os contratos administrativos. É possível a edição de outras leis que definam regimes jurídicos diversos para contratos específicos, consoante já exemplificado (leis de concessão, lei de parceria público-privada, etc.).

Na condição de lei geral, a Lei nº 8.666/93 aplica-se aos casos expressamente previstos e, subsidiariamente, nos demais contratos administrativos específicos.

3.2.2 Contratos de Direito Público no âmbito do Sistema Único de Saúde

De acordo com a determinação constitucional, a participação privada complementar poderá se dar por contratos de direito público, segundo as diretrizes do SUS.

Isso significa que qualquer entidade contratada estará sujeita ao regime jurídico idêntico ao que se impõe à prestação direta pelo Estado.

Em uma interpretação sistêmica do texto constitucional, considerando o art. 175, o qual define que a concessão e a permissão de serviços públicos devem ocorrer na forma da lei, o princípio da autonomia federativa, as competências constitucionais no âmbito da saúde (competência material comum – art. 23, inciso II; competência legislativa concorrente – art. 24, inciso XII), pode-se concluir que:

(...) a *delegação de serviços públicos de saúde* depende de autorização legal do ente federativo responsável pela prestação do serviço, observadas as *diretrizes do SUS* previstas na legislação federal e as *normas gerais de contratação* previstas em lei editada pela União, passíveis de suplementação legal por Estado, Distrito Federal e Municípios (MÂNICA, 2010, p. 203).

Conforme mencionado, a Lei nº 8.666/93 representa a lei geral dos contratos administrativos e sua aplicação é subsidiária aos demais modelos contratuais.

O contrato que define o dever da Administração Pública de pagar pelos serviços de saúde e o dever do particular de prestá-los, é considerado contrato em favor de terceiros, os usuários do serviço público (MÂNICA, 2010, p. 204).

A Lei nº 8.666/93 encampa a possibilidade de contratação de serviços públicos de saúde em seu artigo 6º, inciso II:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou **trabalhos técnico-profissionais**; (BRASIL, 1993) (grifo nosso)

Os serviços públicos de saúde, considerando apenas os serviços clínicos (atividade-fim do Estado), podem ser enquadrados como trabalhos técnico-profissionais.

Também estão incluídas na definição de serviços da Lei nº 8.666/93 as atividades conexas aos serviços clínicos, como, por exemplo, serviços de limpeza, de segurança, de manutenção de equipamentos, etc.⁵⁰

Porém, em que pese a possibilidade da contratação nos termos da referida norma, tanto dos serviços clínicos, como de atividades de apoio, cada qual deverá ser contratado por instrumento específico. Ademais, tais serviços conexos seguem disciplina própria igual para qualquer setor de atividades públicas, não sendo de interesse do presente trabalho se debruçar sobre o tema.

Em relação aos serviços públicos de saúde (clínicos), verifica-se que, em tese, eles poderiam ser objeto da Lei nº 8.666/93, mas o seu regime jurídico não se mostra o mais adequado (MÂNICA, 2010, p. 206). Inicialmente, os dois regimes de contratação, tarefa e empreitada, não são devidamente apropriados, o que pode ser verificado pela própria definição da lei:

Art. 6º (...) VIII

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

(...)

⁵⁰ Também obras e compras regidas pela Lei nº 8.666/93 ocorrem no contexto dos serviços públicos de saúde.

- d) tarefa - quando se ajusta **mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo**, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada; (BRASIL, 1993) (grifo nosso).

Conforme a doutrina e o texto legal, tarefa seria a contratação de mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo e empreitada estaria associada à atividades simples, o que não condiz com a natureza complexa dos serviços de saúde.

Também, a inaptidão de tal regime jurídico para regular contratações de serviços de saúde, transparece na própria complexidade e natureza de tais atividades, as quais requerem controle e fiscalização extremamente peculiar, pois a verificação do adimplemento contratual é mais difícil e envolve diversos fatores. A própria aferição da qualidade nos serviços de saúde, por si só, é demasiadamente árdua. E a Lei nº 8.666/93 não contém mecanismos aptos para tanto.

Dessa forma, verifica-se que o regime jurídico da referida lei não é o mais adequado para a contratação dos serviços públicos de saúde, mas é possível a sua aplicação a estas contratações, em razão de serem considerados serviços técnico-profissionais. Cabe destacar que a própria Lei nº 8.666/93 veda a contratação de particulares para o exercício de um conjunto de atividades, devendo cada atividade específica ser alvo de um instrumento contratual⁵¹.

3.3 Convênios

Conforme já discorrido, intenso debate há em torno da natureza dos convênios. A doutrina clássica nega a natureza contratual, enquanto que outros autores

⁵¹ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 1º. **As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis**, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2º. **Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta**, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (BRASIL, 1993) (grifo nosso)

defendem a natureza contratual dos convênios, incluindo-os como uma espécie de contrato administrativo.

O critério usualmente utilizado para diferenciar convênio de contratos, enquanto no primeiro haveria comunhão de interesses para fim comum, nos segundos existiriam interesses antagônicos e opostos, mostra-se insuficiente e falho. É “um pressuposto inexistente, e, por que não dizer, mítico” (MÂNICA, 2010, p. 218).

A fragilidade decorre do fato de que, na prática, os convênios realizados entre o Poder Público e particulares apresentam interesses antagônicos, pois cada parte ostenta interesses próprios desvinculados do fim comum, o que pode ser verificado em menor (interesses egoísticos dentro da legalidade e da normalidade) ou maior grau (interesses egoísticos que extrapolam a legalidade, gerando fraudes).

Às vezes, de forma camuflada sobre o manto da filantropia, agentes privados impõe à entidade sem fins lucrativos a prevalência de seus objetivos, refletindo na condução das atividades prestadas por meio dos convênios. Assim como agentes públicos podem determinar direção dos convênios com base em interesses diversos dos coletivos.

Ademais, também se reconhece nos contratos administrativos a colaboração entre as partes. Especialmente, no novo contexto de Administração consensual, observa-se que presentes estão os interesses convergentes nos instrumentos contratuais (MÂNICA, 2010, p. 219-220).

Portanto, há que se entender que convênio é espécie de contrato, devendo ser regulamentado por lei. E, enquanto não foi editada lei que regulamente exatamente os contratos de convênios entre um ente público e um ente privado no âmbito da saúde⁵², estes devem seguir o regime geral imposto pela Lei nº 8.666/93.

Também é importante diferenciar convênio realizado entre Poder Público e ente privado daqueles efetivados entre entes federados, pois são situações diferentes que demandam tratamentos diversos. Mas, historicamente, foi dado tratamento muito similar para estes dois ajustes.

O convênio realizado entre a Administração Pública e o ente privado, também denominado *contrato de fomento*, tem a finalidade de incentivar as atividades privadas de interesse público, sendo que o Poder Público exerce posição de supremacia na relação. Por

⁵² Já foi editada a Lei nº 13.019/14, considerada o marco regulatório das parcerias (“convênios”) entre o Poder Público e as entidades sem fins lucrativos, porém o setor da saúde complementar foi expressamente expurgado do seu âmbito de aplicação.

outro lado, há o convênio realizado entre entidades públicas, chamado de *contrato interadministrativo*, para a consecução de fins comuns e recíprocos (MÂNICA, 2010, p. 220).

Ao se analisar a evolução dos convênios ao longo do tempo, especialmente no âmbito da saúde, verifica-se que eles foram usados, a princípio, para os ajustes firmados entre entes públicos. Posteriormente, esta modalidade contratual passou a ser utilizada para acordos entre o Poder Público e entidades privadas, como forma de fomento de atividades privadas de interesse público.

A Lei nº 2.312, de 3 de setembro de 1954, que trata de “Normas Gerais sobre a Defesa e Proteção da Saúde”, trouxe em seu bojo diversos dispositivos que fazem menção aos convênios celebrados entre entidades públicas. Já o Decreto nº 49.974-A, de 21 de janeiro de 1961, denominado “Código Nacional de Saúde” dispõe sobre hipóteses de convênios entre a Administração e entes privados, com a finalidade de fomento das atividades privadas de saúde.

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, trata dos convênios interadministrativos e, ao tratar da Política Nacional de Saúde, cita os convênios como ajustes entre o Poder Público e entidades privadas em seu artigo 156, § 2º.

Na esfera constitucional, as Constituição de 1967 e de 1969 faziam menção aos convênios entre entes públicos. A Constituição Federal de 1988 também dispõe sobre os convênios entre as entidades públicas, nos artigos 37, XXII, 39, § 2º, 71, VI e 241. Porém, no Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo II – Da Seguridade Social, da Seção II – Da Saúde, no artigo 199, § 1º, o texto constitucional prevê, de forma singular e individualizada, a possibilidade da celebração de convênios entre a Administração Pública e as instituições privadas que atuarão de forma complementar no SUS.

Em uma análise conjunta dos atos normativos acima citados com o desenvolvimento dos serviços públicos de saúde no Brasil pode-se extrair algumas conclusões. Inicialmente, a previsão de convênio entre o Poder Público e entes privados sempre foi voltada para o âmbito de parcerias nos serviços públicos de saúde. Estes, na modalidade da prestação direta, mostraram-se insuficientes para cobrir a demanda, necessitando o Estado brasileiro de auxílio de prestadores privados, o que foi incentivado por subvenções utilizando-se o modelo de convênios, até então usados para as relações entre os entes federativos (MÂNICA, 2010, p. 224).

Essa contextualização histórica permite concluir que a inclusão da expressão “convênios” no artigo 199, § 1º da Constituição Federal decorreu do hábito da

utilização desta modalidade de ajuste no âmbito da saúde. Porém, esta previsão deve ser analisada criticamente.

O regramento aplicável aos convênios é marcado pela obscuridade e por discordâncias na doutrina e no âmbito judicial. Basicamente isso decorre da interpretação dada à expressão “no que couber” prevista no artigo 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Aparentemente a Lei nº 13.019/14 tentou sanar tal problema, mas o setor dos serviços públicos de saúde complementar foi afastado de sua aplicação, conforme será discorrido.

A Lei nº 13.019/14 é considerada o marco regulatório das parcerias entre a Administração Pública e o terceiro setor⁵³. Ela se apresenta como uma norma geral, isto é, uma lei nacional que vincula todos os entes da federação (MARRARA; CESÁRIO, 2016), em razão da competência estabelecida no artigo 22, XXVII da Constituição Federal⁵⁴. É importante ressaltar que esta vinculação deve se dar dentre dos limites do que for considerado norma geral, excluindo-se normas específicas que dizem respeito apenas à atuação da União, respeitando-se o princípio da autonomia federativa dos entes.

A interpretação conjunta da justificação do Projeto de Lei do Senado Federal nº 649, de 2011, convertido na Lei nº 13.019/14, com o texto atualmente consolidado permite a extração de algumas conclusões.

Inicialmente, verifica-se a preocupação em estabelecer um regime jurídico às parcerias entre o Poder Público e o Terceiro Setor, em razão da importância atualmente exercida por estas entidades no exercício das funções do Estado⁵⁵, da ausência legislativa nesse sentido e das divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da amplitude da aplicação da Lei nº 8.666/93 a estes ajustes, tendo em vista a vagueza da

⁵³ “Trata-se, portanto, de normatizar como será a relação entre o Poder Público e as entidades de direito privado sem fins lucrativos. (...)”

Portanto, esta proposição não visa criar mais uma norma jurídica que trate de uma modalidade de acordo ou parceria entre o Estado e o “Terceiro Setor”. Ao contrário, pretende-se aqui estabelecer um marco legislativo amplo, que regule de forma abrangente todas as modalidades de acordos e parcerias (...)” (BRASIL, 2011)

⁵⁴ O Projeto de Lei estabelece que “o fundamento constitucional da lei que pretende criar é o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, que estabelece competência privativa da União para legislar a respeito de normas gerais em todas as modalidades de contratação para a Administração Pública em todos os níveis (União, Estado, Distrito Federal, Municípios), incluindo entidades da administração indireta” (BRASIL, 2011).

⁵⁵ O Projeto de Lei “parte do pressuposto de que as entidades do “Terceiro Setor” têm muito a contribuir para o bem-estar da sociedade brasileira. (...)”

É patente a importância dos acordos e parcerias entre o Estado e as entidades do “Terceiro Setor”, sendo certo que até mesmo são executadas políticas públicas por meio dessas entidades”. (BRASIL, 2011)

expressão⁵⁶ “no que couber” do artigo 116, *caput* da referida norma⁵⁷.

Esta falta de unidade do tratamento do tema, assim como a insegurança jurídica gerada, propiciou um cenário complexo, no qual o interesse público era prejudicado pela inexistência, dentre outros, de adequado planejamento (plano de trabalho) voltado para a implementação de políticas públicas, de um instrumento de seleção dos parceiros de forma isonômica e impessoal (chamamento público) e de mecanismos de transparência, controle e fiscalização, ocasionando o dispêndio de verbas públicas de forma ineficiente, ações desconexas com as respectivas políticas públicas, além da utilização deste ajustes para realizar interesses desprezíveis (fraudes, desvio de verbas públicas)⁵⁸.

Por outro lado, o gestor público responsável pela realização das parcerias também não tinha parâmetros concretos a sua efetivação e tornava-se vulnerável aos entendimentos de órgãos de fiscalização externos, como os tribunais de contas, o Ministério Público, o que muitas vezes se encerrava em ações de improbidade administrativa.

Também é possível observar que a lei tem como pressuposto a necessidade de um tratamento peculiar para os “módulos convencionais de cooperação”⁵⁹ (ALMEIDA, 2012, p. 241) realizados entre o Poder Público e entidades sem fins lucrativos, excluindo-se os ajustes entre as unidades federativas, em contraposição ao regime jurídico estabelecido para os demais contratos administrativos, com base na Lei nº 8.666/93.⁶⁰

Ademais, constata-se um objetivo de moralização dessas parcerias⁶¹,

⁵⁶ “O art. 116 da Lei nº 8.666/93 (...) trouxe um regramento singelo para os “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. (...) Evidentemente, esse único artigo (...) ficou muito aquém da necessidade de legislação a respeito dos acordos e parcerias entre o Estado e o “Terceiro Setor” (BRASIL, 2011).

⁵⁷ Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração (BRASIL, 1993).

⁵⁸ O objetivo geral do Projeto de Lei do Senado Federal nº 649, de 2011, “é tornar transparentes, eficientes e eficazes as relações entre o Estado e as entidades privadas sem fins lucrativos (...)” (BRASIL, 2011).

⁵⁹ São exemplos o convênio, o consórcio administrativo, o contrato de repasse, o convênio de cooperação, o contrato de gestão, o termo de parceria, o consórcio público, o contrato de rateio, o contrato de programa, a sociedade e associação de que o Estado participe e outras figuras de fomento de atividades privadas.

⁶⁰ Cabe destacar que a Justificação do Projeto de Lei do Senado Federal nº 649, de 2011 faz menção a distinção clássica entre convênios e contratos, a qual não é adotada no presente estudo. Nesse sentido, os convênios e os ajustes congêneres também são contratos administrativos, mas com peculiaridades que demandam um regime jurídico específico.

⁶¹ “Uma das grandes preocupações do legislador ao estabelecer o marco regulatório das parcerias com o terceiro setor foi o de erigir um processo administrativo capaz de moralizar as escolhas dos entes privados que se relacionarão com o Estado e, em muitos casos, serão beneficiados por fomento. Eis a função central do chamamento público, uma modalidade licitatória de aplicabilidade especial e que se afasta do regime da Lei n. 8.666/1993 (conforme expressamente dispõe o art. 84, *caput* da Lei n. 13.019/2014). (...)

O combate à corrupção no Brasil tem estimulado inúmeras respostas legislativas e tentativas de moralização das parcerias do Estado com a sociedade em sentido amplo. A Lei n. 13.019/2014 se situa nesse movimento, na medida em que busca profissionalizar, objetivar e controlar as relações da Administração com as entidades do terceiro setor” (MARRARA; CESÁRIO, 2016, p. 51 e 53).

para que os ajustes sejam celebrados respeitando-se os princípios constitucionais da isonomia, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e eficiência, determinando critérios justos e transparentes nas contratações, permitindo a incidência de instrumentos fiscalizatórios adequados, assim como o acesso democrático da sociedade civil organizada aos recursos públicos. O que se depreende da Justificação, bem como dos mecanismos previsto na lei, tais como, o “plano de trabalho”, o “chamamento público”, a fiscalização por metas e resultados (típico da Administração gerencial), as condições impostas às entidades sem fins lucrativos para que possam celebrar as parcerias, a inserção de atos de improbidade na Lei nº 8.429/92 (reforçando a responsabilidade do gestor ao firmar estes ajustes), etc.

Percebe-se que a ausência legislativa no que concerne aos convênios, assim como a expressão aberta e imprecisa “no que couber” do art. 116, *caput*, da Lei nº 8.666/83, foi utilizada para justificar atuações negligentes por parte dos gestores públicos, assim como manobrada para acobertar irregularidade e fraudes por meio da “filantropia”.

Por isso, a posição de que os convênios são uma modalidade de contrato administrativo, e que, enquanto não houver uma disciplina legal mais adequada, eles devem ser subordinados ao regime jurídico geral dos contratos administrativos, qual seja, o previsto na Lei nº 8.666/93, é a mais oportuna.

A própria Justificação do Projeto de Lei nº 649/11, que introduziu o marco regulatório das contratações com o terceiro setor, apesar de fazer a distinção clássica entre convênio e contrato, tenta aproximar estes dois ajustes, tornando a celebração de convênio mais rígida e sistematizada, tal qual aquela realizada nos contratos. Claro que os “módulos convencionais de cooperação” apresentam especificidades que serão melhor consideradas no regime próprio, como, por exemplo, podemos citar o “chamamento público”, um procedimento licitatório simplificado, mais adequado para esta modalidade contratual.

Desse modo, objetiva-se que a celebração de convênio e o repasse de verbas públicas não seja trivial e corriqueiro como ocorre atualmente, mas sim um ato que decorreu de prévia ponderação e executado com extrema responsabilidade, **tal como se procede na celebração dos contratos** (BRASIL, 2011) (grifo nosso).

Embora a notável tentativa moralizante da norma, cabe destacar que, em decorrência da alteração na Lei nº 13.019/14 promovida pela Lei nº 13.204/15, o marco regulatório do terceiro setor não tem aplicação no âmbito da saúde, já que este setor foi expressamente excluído da sua abrangência:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015) (BRASIL, 2014)

Para a melhor compreensão e julgamento deste afastamento, cabe analisar o processo legislativo da Lei nº 13.204/14, a qual derivou da conversão da Medida Provisória nº 684/15. Inicialmente, a referida medida provisória não tratou da exclusão das parcerias no âmbito da saúde, sendo tal ponto incluído por emendas posteriormente.

As emendas⁶² apresentaram como justificativa basicamente: (I) A Constituição Federal possui fundamentação suficiente para afastar as restrições que a Lei nº 13.019 impõe para a continuidade da parceria com as entidades privadas no âmbito do SUS; (II) A Lei Complementar nº 141/2001 veda a exigência de restrição à entrega dos recursos da União destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios no âmbito do SUS (art. 22, *caput*); (III) A aplicação das exigências da Lei nº 13.019/14 importaria a obrigação de realizar o chamamento público, impedindo a realização de investimentos, comprometendo o atendimento a aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde estabelecida pela Emenda Constitucional nº 29.

A primeira justificativa é demasiadamente incompleta, pois diz que a Constituição Federal apresenta fundamentações para afastar as restrições impostas pela Lei nº 13.019/14, mas não cita quais. Ao contrário do que é dito, o texto constitucional, na verdade, corrobora com o regime jurídico estabelecido pela referida lei.

Inicialmente, o artigo 37, *caput*, da Constituição prevê como princípios da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Como já dito anteriormente, os diversos mecanismos e procedimentos previsto da norma almejam exatamente a consagração destes postulados. Por exemplo, o “chamamento público” busca garantir a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, ao definir o procedimento licitatório simplificado que assegura às entidades sem fins lucrativos igualdade de oportunidades para a celebração da parceria, além de propiciar a escolha por aquela organização que atenda de forma mais eficiente ao plano de trabalho e metas.

Os mecanismos de fiscalização, de prestação de contas e da análise de resultados, somados à previsão expressa da responsabilidade do gestor público, com a ampliação do rol dos atos de improbidade administrativa, também reforça a implementação dos

⁶² Emenda nº 02 apresentada pela deputada Carmen Zanotto; Emenda nº 12 apresentada pelo deputado Pauderney Avelino; Emenda nº 33 apresentada pelos deputados Antônio Brito e Darcísio Perondi; Emenda nº 39 apresentada pela senadora Gleisi Hoffmann.

princípios da eficiência e da moralidade. Outros diversos artigos impõe a obrigação de transparência e publicidade.

Ademais, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal dispõe que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”, exatamente o que busca o procedimento de chamamento público. Portanto, o primeiro argumento das emendas não é convincente, além de excessivamente vago.

A segunda alegação também não merece prosperar, pois afirma que a Lei Complementar nº 141/2001 veda a exigência de restrição à entrega dos recursos da União destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios no âmbito do SUS. Ora, as condições impostas pela Lei nº 13.019/14 referem-se a regime jurídico imposto às parcerias entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor, não há restrição da entrega dos recursos no âmbito do SUS, e sim uma regulamentação destes ajustes.

Por fim, a terceira ponderação de que aplicação das exigências da Lei nº 13.019/14 impor a obrigação de realizar o chamamento público, impedindo a realização de investimentos, comprometendo o atendimento a aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde estabelecida pela Emenda Constitucional nº 29, também não parece cabível. O chamamento público nem sempre é obrigatório, há casos na lei de dispensa e de inexigibilidade (artigos 30 e 31). Assim, este procedimento licitatório simplificado não inviabilizaria a contratação e nem a realização de investimentos, pois nos casos em que não seja possível, por exemplo, quando não há viabilidade de competição, ele não seria aplicado. Nos demais casos, ele garantiria a isonomia, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade etc.

Portanto, verifica-se que as justificativas das emendas à Medida Provisória nº 684/15 não são convincentes para o afastamento do setor da saúde complementar da abrangência da Lei nº 13.019/14.

Parte da doutrina considera que a exclusão dos serviços públicos de saúde da referida norma demonstra o regime jurídico especial a que estão submetidos, ressaltando as suas peculiaridades e a sua incompatibilidade com o novo marco regulatório do terceiro setor.

Alguns defendem que, dentre as especificidades do SUS, pode-se citar que a participação privada complementar é a maneira de suprir os serviços públicos faltantes no âmbito da saúde, na tentativa de garantir o efetivo cumprimento da demanda. Trata-se, assim,

de “*integração de serviços* num sistema de grande complexidade (...), prestados de forma contínua” (SANTOS, 2015, p. 3).

Dessa forma, para Lenir Santos (2015, p. 3) a prestação indireta complementar é contínua e se estende por longo período, diante da insuficiência dos serviços públicos de saúde prestados de forma direta, o que seria incompatível com o regime jurídico estabelecido. *A priori*, não é patente esta incompatibilidade, pois as parcerias podem ser celebradas novamente com o mesmo prestador. Apenas o estabelecimento de prazos, metas e planos de trabalho facilitará a fiscalização e o controle destes ajustes.

Outro ponto levantado pela doutrina é que os serviços públicos de saúde necessitam de organização em rede e do maior número de prestadores fracionados, o que gera maior probabilidade de atendimento da demanda, além de segurança, pois quando há apenas um prestador, qualquer problema que inviabilize a sua execução afetará de forma intensa todo o sistema de saúde. Já quando existem diversos atores efetivando este direito social, eventuais adversidades serão melhor absorvidas pelo conjunto, resultando menor impacto na prestação.

Por fim, também é argumentado que o termo “disputa” não é aplicável à contratação do SUS, pois o objetivo é angariar o maior número de prestadores, sem que haja procedimento excludente. Ademais, os serviços de saúde são circunscritos a territórios pequenos, geralmente municípios ou região de saúde, não cabendo o chamamento público, inclusive por sua inviabilidade fática em alguns casos, nos quais há apenas um único parceiro privado no território. Como diz Lenir Santos (2015, p. 3), “na maioria das vezes – mais de 80%, só existe uma santa casa no município e esse serviço é permanente”.

Primeiramente, nem sempre está ausente a concorrência no âmbito da contratação do SUS. Pode-se citar dois tipos de contratação na saúde complementar, a contratação interna e a contratação externa. A contratação interna se relaciona com a contratação para a prestação de serviços dentro de uma unidade pública de saúde ou propriamente para gerir esta unidade. Neste caso, percebe-se que há viabilidade de disputa entre os possíveis parceiros, já que apenas um poderá celebrar tal ajuste com a Administração Pública. Já os casos de contratação externa, geralmente, relacionam-se à argumentação acima, ou seja, no sentido da impossibilidade de concorrência, já que quantos mais prestadores privados forem contratados melhor será para o sistema público de saúde. Mas a própria Lei nº 13.019/14 prevê como inexigibilidade de chamamento público a “hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica”. Dessa forma, aplicar-se-ia o chamamento nos casos em que fosse possível e pretendida a concorrência.

Assim sendo, este trabalho não se coaduna com a corrente que defende que as peculiaridades dos serviços públicos de saúde não são compatíveis com os ditames da Lei nº 13.019/14, o que explicaria a sua alteração com a exclusão de seu âmbito de aplicação dos serviços de saúde.

Logo, não há argumentos, a princípio, que corroborem o afastamento do marco regulatório do terceiro setor ao âmbito da saúde complementar. A exclusão manteve o cenário problemático dos convênios no âmbito da saúde e, conseqüentemente, a perpetuação dos vícios nesta modalidade de parceria, especialmente na esfera municipal, na qual as entidades privadas apresentam maior poderio de pressão e resistência à regulação e à fiscalização. Tal ato normativo, consoante já disposto, auxiliaria na fixação de um regime jurídico, com o estabelecimento de planos, metas e mecanismos de controle, além de um procedimento isonômico na contratação dos entes privados.⁶³

Porém, como efetivamente tal exclusão foi realizada pela lei, deve-se trabalhar com a ordem legal vigente.

Na posição de Fernando Borges Mânica (2010, p. 224 e 225), o convênio somente deveria ser utilizado para “fomentar” a prestação privada de serviços privados de saúde, mas não como mecanismo de participação privada nos serviços públicos de

⁶³ **A relação do Estado brasileiro com o setor privado de serviços de saúde, apesar de mais de uma década de uma nova ordem institucional sobre o sistema, ainda é marcada por vícios clientelistas e muita promiscuidade institucional**, o que a faz se transformar num problema de gestão difícil de ser enfrentado no SUS. Vários fatores interferem diretamente nesta questão. Dentre eles, a lógica de financiamento que, ao longo do século passado, privilegiou o investimento nas instituições privadas e o financiamento do seu custeio, baseado na compra de serviços hospitalares (privados), na lógica de "compra de procedimentos médicos", como se mercadoria fossem, **com mecanismos de regulação estatal inexistentes ou extremamente frágeis; (...)**

Na prática da gestão do sistema, especialmente do **Sistema Municipal de Saúde, onde os prestadores privados de serviços de saúde exercem maior poder de pressão**, por motivos óbvios, mas também, no âmbito dos Sistemas Estaduais, existe uma **resistência imensa em se submeterem à regulação administrativa (contratação, controle e avaliação) e ao controle social do serviço como parte do Sistema Único. Resistem a que estes serviços sejam de "relevância pública" e que a relação com o setor público deva se dar pelas "diretrizes do poder público" e com "contratos de direito público"**. Preferem ser chamados de "credenciados" e não ter vínculo formalizado com o sistema, porque a demanda chegará de qualquer maneira e quanto mais "precarizada" estiver a relação com o poder público, maiores são as possibilidades de comercializar a relação com os usuários. (...)

Anotou-se brevemente reflexões sobre a constituição do sistema de saúde no Brasil, no enfoque da organização do sistema privado como um todo. Ressalte-se que, para além do macro-projeto político privatista, que ainda é hegemônico, por dentro da administração pública, estes **interesses privados, particulares, acabaram por dar as cartas, fazendo valer, em todo País, uma (des)organização dos serviços públicos que, de longe, significa o atendimento às demandas e às necessidades da população. (...)**

Temos atualmente, na maioria da vezes, uma rede de serviços públicos de saúde que não se comunica internamente e não dialoga com a sociedade. Marcada pelo desperdício e pela falta de recursos ao mesmo tempo, quase sempre mal alocados, dispersos, inadequados, inutilizados, sem manutenção, enfim, sucateada no conjunto, **demonstra que o seu processo de instalação não foi pautado por qualquer tipo de planejamento e coordenação comprometidos com o interesse público**, registrando-se, desde já, as raras e honrosas exceções.

(BRASIL, 2003, p. 106, 108 e 109) (grifo nosso)

saúde. A participação privada complementar ao SUS deve ser sempre disciplinada pelo regime jurídico dos contratos administrativos, com a aplicação integral da Lei nº 8.666/93. Para o autor

(...) no caso específico do parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal, onde se lê *convênios* deve-se ler *contratos de delegação de serviços*. A celebração de convênios (contratos de fomento) com entidades privadas tem o objetivo de incentivar a prestação privada de serviços de saúde e não o de promover a prestação privada de serviços públicos de saúde. (MÂNICA, 2010, p. 228)

Assim, em razão dos problemas já citados na regulamentação dos convênios pela Lei nº 8.666/93, que geram insegurança jurídicas e divergências, o gestor público deve privilegiar outros mecanismos contratuais legalmente previstos e sistematizados para a celebração de ajustes nos serviços públicos de saúde, como os contratos de parceria e os termos de parceria no âmbito federal, e outros instrumentos similares previstos nas respectivas normas estaduais e municipais. O convênio deve ser evitado, já que a norma que estabeleceu as diretrizes para os demais setores, foi afastada para a saúde. Ainda assim, quando o convênio for utilizado, verifica-se uma hipótese de contrato administrativo, devendo ser aplicado o regime da Lei nº 8.666/93 na ausência de lei específica.

4 NOVAS PARCERIAS NA SAÚDE COMPLEMENTAR

Há que se observar que diversas transformações têm ocorrido desde o momento da promulgação da Magna Carta, tanto no âmbito econômico-social, assim como em termos legislativos.

A evolução social demanda da Administração Pública remodelações e inovações para que esta cumpra suas atividades e funções de forma condizente com o contexto histórico. É um processo de constante adaptação e desenvolvimento.

A partir de 1988, verificou-se a mudança do sistema *bismarckiano* de seguros sociais que vigorava até então para o sistema *beveridgeano*, estabelecendo-se um sistema nacional de saúde. Também houve a transformação do direito à saúde em uma garantia universal e a previsão expressa da participação privada na efetivação deste direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988 previu, genericamente, duas formas de participação das entidades privadas na saúde complementar, o convênio e o contrato de direito público, as quais foram abordadas no capítulo anterior.

Após, diversas leis criaram novos regimes jurídicos de contratação entre o Poder Público e o setor privado. Diante da inadequação do regime geral dos contratos administrativos da Lei nº 8.666/93 para a prestação de serviços de saúde, novas modalidades contratuais foram surgindo e mostraram-se mais pertinentes para a celebração de ajustes nos serviços públicos de saúde.

Assim, estas novas formas de ajuste serão tratadas a seguir.

4.1 Contratos de gestão com as organizações sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)

Inicialmente, cabe ressaltar que a expressão “contratos de gestão” tem sido utilizada para denominar três situações distintas: (I) acordos celebrados com entidades da Administração Pública indireta; (II) ajustes firmados no âmbito da própria Administração direta, entre dirigentes de órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica; (III) Por fim, parcerias entre o Poder Público e as organizações sociais, entidades privadas sem fins lucrativos, as quais não integram a Administração Pública, seja direta ou indireta (entes do terceiro setor) (DI PIETRO, 2015, p. 271).

Consoante a própria denominação dada a este item, objetiva-se discorrer apenas sobre a última hipótese, que se enquadra na hipótese de participação privada complementar nos serviços públicos de saúde.

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998⁶⁴, aplicável em nível federal, prevê tanto a transferência de atividades estatais a uma entidade sem fins lucrativos qualificada como organização social (OS), assim como o fomento estatal das atividades exercidas pela organização social.

No caso de fomento, a organização social exercerá atividade de natureza privada de interesse público com o incentivo do Poder Público. Porém, na conjuntura de delegação, o Poder Público transfere à organização social um serviço de natureza pública.

Portanto, nota-se que, na segunda hipótese, o referido texto normativo criou uma modalidade de delegação dos serviços públicos de saúde, já que o ajuste viabiliza que a gerência dos serviços seja efetivada por entidade privada, a qual desempenhará as atividades com seus riscos inerentes e será remunerada pelo Poder Público⁶⁵. É o que ocorre quando a organização social presta serviços públicos de saúde de forma complementar ao SUS. O Estado continua sendo o responsável pela prestação dos serviços, mas estes são delegados para a iniciativa privada.

Cabe destacar que a Norma Operacional Básica – NOB nº 01/96, aprovada pela Portaria GM/MS nº 2.203/96, diferencia os termos gerência e gestão no âmbito do Sistema único de Saúde - SUS. Segundo referido ato normativo, gestão é “a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria” (BRASIL, 1996).

Dessa forma, a gestão deve ser exercida, obrigatoriamente, pelo poder público e de forma única em cada um dos níveis federativos, conforme o artigo 198, inciso I da Constituição Federal⁶⁶. Sendo considerados gestores do SUS na esfera municipal, estadual e

⁶⁴ A Lei nº 9.637/98 é considerada uma lei federal, ou seja, de aplicação na esfera da União.

⁶⁵ Em sentido contrário, verifica-se o voto do Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI 1923: “Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão” (BRASIL, 2015).

⁶⁶ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

federal, respectivamente, os Secretários Municipais, os Secretários Estaduais e o Ministro da Saúde.

Por outro lado, gerência é “a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema” (BRASIL, 1996), podendo ser estatal ou privada, tendo em vista que é permitida a participação privada na execução dos serviços públicos de saúde, nos termos do artigo 199, § 1º da Constituição Federal⁶⁷.

A principal distinção entre as duas modalidades criadas pela lei, quais sejam, o fomento estatal e a delegação, é que no fomento estatal as atividades prestadas pelas organizações sociais são serviços privados, enquanto que no caso de delegação tais entidades do terceiro setor prestarão serviços públicos de saúde, isto é, o serviço permanece público e está submetido às diretrizes do SUS, o que se verifica expressamente no artigo 18 da Lei nº 9.637/98 (MÂNICA, 2010, p. 242-243):

Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1998).

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 263), as organizações sociais,

*como regra geral, prestam serviço público por delegação do poder público. Elas se substituem ao poder público na prestação de uma atividade que a este incumbe; (...) a sua qualificação como organização social constitui iniciativa do poder público e é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público.*⁶⁸

A origem no Brasil do contrato de gestão relacionada à prestação de serviços públicos de saúde se deu com a experiência da Fundação das Pioneiras Sociais, criada pela Lei nº 3.736, de 22 de março de 1960, a qual aprovou a incorporação da Associação das Pioneiras Sociais, com a finalidade de desempenho de atividades nos campos da saúde, social, moral, educacional de pessoas pobres (MÂNICA, 2010, p. 243).

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (BRASIL, 1988)

⁶⁷ Art. 199. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (BRASIL, 1988)

⁶⁸ Utilizando-se a distinção prevista na NOB nº 01/96, deve-se entender o termo “gestão” empregado pela autora como gerência.

A Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991, autorizou a instituição do Serviço Social Autônomo das Pioneiras Sociais pelo Poder Executivo⁶⁹, com atuação na assistência médica e em atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público, por meio de um contrato de gestão supervisionado pelo Ministério da Saúde⁷⁰. Este ajuste previa prazos, responsabilidade, formas de execução e de fiscalização e critérios de avaliação baseados em resultados.

Atualmente, a entidade alvo do referido contrato de gestão administra a *Rede Sarah Kubitschek de Hospitais de Aparelho Locomotor*, referência como parceria exitosa entre Poder Público e entidade sem fins lucrativos. Assim, a bem-sucedida experiência aliada ao processo de reforma do Estado na década de 1990, focado em diminuir o aparelho estatal e incentivar a participação das entidades da sociedade civil com a busca pela maior eficiência nas atividades do Estado, influenciaram na edição da Lei nº 9.637/98 (MÂNICA, 2010, p. 245).

A instituição das organizações sociais com a edição da referida lei ocorreu no Governo de Fernando Henrique Cardoso, com o planejamento de Bresser Pereira, na época Ministro da Administração e Reforma do Estado (*Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado - MARE*), no contexto do denominado “programa de publicização” (BRASIL, 1995), com o objetivo de atingir maior efetividade e eficiência nas atividades da Administração Pública. Ademais, também foi fator de influência o modelo do Reino Unido denominado *quangos*⁷¹ (*quase non governmental organizations*), propagado no Governo de Margaret Thatcher (VIOLIN, 2015, p. 194).

Dessa forma, os contratos de gestão quando significarem a delegação de serviços públicos à entes privados, devem ser entendidos como instrumento de “concessão de serviços públicos de saúde” (MÂNICA, 2010, p. 246), submetido ao regime jurídico

⁶⁹ Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público. (BRASIL, 1991)

⁷⁰ Art. 3º **Competirá ao Ministério da Saúde supervisionar a gestão do Serviço Autônomo Associação Sociais**, observadas as seguintes normas:

(...)

III - observado o disposto nesta lei, o Ministério da Saúde e a Secretaria da Administração Federal definirão os **termos do contrato de gestão, que estipulará objetivamente prazos e responsabilidades para sua execução e especificará**, com base em padrões internacionalmente aceitos, **os critérios para avaliação** do retorno obtido com a aplicação dos recursos repassados ao Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, atendendo ao quadro nosológico brasileiro e respeitando a especificidade da entidade; (BRASIL, 1991) (grifo nosso)

⁷¹ O Reino Unido também é considerado o local de gênese das parcerias público-privadas (em sentido estrito), a versão inglesa se originou em 1992 e era inicialmente denominada “*private finance initiative* (PFI)”, sendo conceituada como um complexo de ações para aumentar a colaboração de particulares na prestação de serviços públicos (COUTINHO, 2007, p. 50). No final da década de 90, foram promovidas alterações no modelo PFI, em decorrência da necessidade da repartição de riscos entre os parceiros e da participação do particular na elaboração dos projetos, passando-se a adotar uma nova terminologia “*public-private partnership* (PPP)”.

estabelecido pela Lei nº 9.637/98, com os contornos delineados pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1923. Isto significa que a titularidade e o dever continuam a ser do Estado, o qual tem a responsabilidade por assegurar o direito à saúde a todos, porém com a execução delegada a entidade privada sem fins lucrativos.

O contrato de gestão estabelece os objetivos e as metas a serem perseguidos pelas entidades executoras, além dos respectivos critérios de desempenho para a avaliação fundada em resultados. O ajuste também proporciona aos parceiros os instrumentos humanos, materiais e financeiros para a execução das finalidades.

O contrato de gestão é o ajuste celebrado entre o Poder Público e a Organização Social (OS), que dá início à relação cooperada público-privada. Ele deve ser firmado tão logo seja qualificada a OS. Nele, são estabelecidas as atribuições, as responsabilidades e as obrigações das partes (art. 6º da lei); a especificação das metas de desempenho e dos resultados a serem alcançados pela OS; assim como a previsão do montante de recursos públicos necessários ao cumprimento do contrato que será transferido para a entidade, a título de fomento (BRASIL, 2015, p. 90).

É importante ressaltar que a expressão “organização social” não se refere a um novo tipo de pessoa jurídica não estatal, mas sim a uma qualificação fornecida pelo Poder Público às entidades sem fins lucrativos que atendem a determinadas condições legais. Dessa forma, pode ser entendida como uma qualidade de tais entidades declarada pela Administração Pública Federal.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 565),

Organização social é a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social.

Logo, não há a criação de nova pessoa jurídica. A entidade é uma associação ou fundação (já que não pode ter fins lucrativos)⁷², a qual recebe a qualificação (um título jurídico) ao se habilitar perante a Administração Pública.

O Poder Executivo federal poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuem nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

⁷² As sociedades não podem ser qualificadas como organizações sociais por terem finalidade lucrativa.

O regime jurídico estabelecido pela Lei nº 9.637/98 mostra-se mais apropriado à contratação externa e à delegação dos serviços públicos de saúde do que aquele definido pela Lei nº 8.666/93, em razão da supremacia da negociação, da previsão de responsabilidade por desvios, do controle baseado em resultados e metas, o que converge também para os fins do modelo da Administração Pública gerencial.

Dessa forma, observa-se a delegação dos serviços públicos de saúde às entidades qualificadas como organizações sociais, por meio do instrumento contrato de gestão, sendo definidos metas e resultados a serem alcançados, além de mecanismos de controle e fiscalização. Ademais, os serviços continuam com sua natureza pública, submetidos às diretrizes constitucionais e infraconstitucionais do SUS e de responsabilidade do Poder Público.

4.1.1 Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 1923-5

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade, na totalidade, da Lei nº 9.637/98, que “*Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.*”. Postularam, ainda, a declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, conferida pela Lei nº 9.648/98, prevendo a dispensa de licitação “*para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão*”.

Em síntese, os autores da referida ação aduzem que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos atos normativos impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, incorreria nas seguintes violações à Constituição Federal (BRASIL, 2015, p. 49/51):

(a) Desrespeito ao dever de atuação direta dos serviços públicos de educação, saúde, de acesso à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico, de proteção do meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (serviços do “núcleo central do Estado”). Com enfoque para o Sistema Único de Saúde, pois, consoante os autores, a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos de saúde é do Estado, que deve fazer diretamente, sendo a

atuação privada apenas “complementar”, no sentido de integralizar os serviços já fornecidos pelo Poder Público;

(b) Infringência à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações, em razão da ausência de previsão de um processo impessoal de qualificação das entidades do terceiro setor como organizações sociais. Ademais, a obrigatoriedade, prevista no artigo 3º da Lei, de um percentual de representantes do Poder Público na estrutura do conselho de administração das OS’s configuraria a interferência inconstitucional;

(c) Violação ao dever de licitação. Inicialmente, em decorrência das organizações sociais receberem recursos públicos e não estarem sujeitas às regras de licitação em suas contratações. Ainda, a dispensa de licitação para a outorga da permissão de uso de bem público às OS’s e para a contratação de tais entidades nas prestações de serviços contemplados no contrato de gestão. Por fim, a própria celebração do contrato de gestão seria um descumprimento à licitação para a delegação dos serviços públicos;

(d) Ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal, tendo em vista a inexistência de lei formal para um regime de pessoal, semelhante ao que tem para os servidores públicos, além da ausência de concurso público para a contratação de pessoal pela OS;

(e) Descumprimento de direitos previdenciários dos servidores;

(f) Insubordinação aos controles internos e externos, em uma interpretação que excluiria o controle efetuado pelo Tribunal de Contas da União;

(g) Limitação da atuação do Ministério Público.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu, por maioria, a medida cautelar requerida pelos autores:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998

- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.
- 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.
- 4. Medida cautelar indeferida. (BRASIL, 2015)

No julgamento em que foi dado parcial provimento ao pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao artigo 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, a maioria acompanhou o voto do Ministro Luiz Fux⁷³, por isso o enfoque será neste.

O Ministro diz que é necessário se verificar o

que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas prevalecentes, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante (BRASIL, 2015, p. 56)

Continua afirmando que a atuação do Poder Público na esfera econômica e social pode se dar de forma direta ou indireta. Isto é, na prestação direta a disponibilização das atividades aos beneficiários ocorre por meio do aparelho estatal. Enquanto que no segundo caso, o Estado utiliza-se de instrumentos jurídicos para estimular que entidades privadas ofereçam tais utilidades materiais.

O Ministro Luiz Fux aduz que o modelo de intervenção estatal, direta ou indireta, deverá ser definido pelos agentes públicos democraticamente eleitos, na linha mais congruente com o projeto político escolhido pela maioria. Sendo que o atual paradigma, pós

⁷³ *Ex positis*, voto no sentido de *julgar parcialmente procedente o pedido*, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

- (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;
- (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
- (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
- (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
- (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e
- (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

É como voto. (BRASIL, 2015, p. 83-84)

reforma do Estado, está mais propenso à atuação indireta, com o papel a ampliação dos papéis de regulação, indução e fomento da Administração Pública.

Dessa forma, não há um modelo único previsto na Constituição da forma de intervenção do Estado no domínio econômico e social, o que dependerá de cada contexto histórico-social e da expressão da vontade preponderante. Por isso, o Ministro dispõe que, mesmo por meio das parcerias público-privadas⁷⁴, como é o caso do contrato de gestão e das organizações sociais, o Estado estará efetivando os serviços públicos sociais, inclusive a saúde. Tal efetivação independe se a atuação será direta ou indireta.

Em outros termos, **a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta**, através do fomento, como o faz **com setores particularmente sensíveis como saúde (...)**

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da *proporção* entre a atuação direta e a indireta, **desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado.** (BRASIL, 2015, p. 62) (grifo nosso)

Observa-se, assim, que a preocupação é garantir a máxima efetivação dos direitos fundamentais, materializados na prestação dos serviços sociais, não importando a forma de prestação e a natureza da entidade prestadora, seja pública ou privada. Por isso, o Ministro conclui que não há inconstitucionalidade na opção do gestor de se utilizar das organizações sociais (Lei nº 9.637/98) ou das organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/99), já que não há o dever constitucional de prestação direta dos serviços sociais.

Portanto, o **Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde**, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, **mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres**, através do fomento e da regulação.

(...) a moldura constitucional da atuação do Estado nos setores mencionados pela Lei permite a opção tanto pela prestação direta como pelo fomento, desde que, invariavelmente, a Administração Pública seja controlada do ponto de vista do *resultado* (...) (BRASIL, 2015, p. 64-65) (grifo nosso)

Logo, não é possível realizar interpretação rígida da Constituição, no sentido de que o constituinte determinou a prestação direta dos serviços sociais. O texto constitucional apenas estabeleceu os deveres do Estado no campo destes serviços e a

⁷⁴ Em sentido amplo.

obrigatoriedade de garanti-los a todos, independentemente da forma escolhida pelo gestor público.

No tocante à argumentação de violação ao dever de licitar em alguns pontos: (i) no procedimento de qualificação como organização social; (ii) na celebração do contrato de gestão, (iii) na prestação de serviços contemplados no contrato de gestão; (iv) na outorga de permissão de uso de bem público à OS; e (v) nas contratações realizadas pelas OS's, com terceiros, fazendo uso de dinheiro público.

Inicialmente, o procedimento de qualificação como organização social não é contratação, na verdade é um requisito necessário para que ocorra a celebração do contrato de gestão, sendo apenas a atribuição de título jurídico de legitimação da entidade. Não há uma disputa entre os interessados, já que todos, ao atenderem aos requisitos, podem receber o título jurídico de “organização social”, afastando o dever de licitar pela própria natureza do ato e pela ausência de concorrência/competição. No entanto, o Ministro ressaltou que a qualificação cabe a qualquer interessado, a qual apenas pode ser indeferida com base em critérios objetivos e impessoais, em decisão devidamente motivada e fundamentada, afastando a discricionariedade abusiva e imoral por parte do gestor.

A discricionariedade constante da lei é extremamente criticada pela doutrina, muitos autores defendem que a qualificação deveria ser ato vinculado, isto é, a partir do preenchimento dos requisitos e da habilitação da entidade perante o Poder Público, a autoridade responsável deveria conceder a qualificação. Tal posicionamento corresponde ao do julgamento da ADI, no qual se restringiu a discricionariedade prevista na lei.

Quanto à necessidade de licitar para a celebração do próprio contrato de gestão entre a organização social e o Poder Público, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, fez referência àquela distinção clássica entre convênios e contratos, segundo a qual os convênios representam a conjugação de esforços para o atingimento de um fim comum, sendo negócio associativo, e não comutativo. Na sequência equipara os contratos de gestão aos convênios, afirmando que não há o dever de licitar em ambos os casos.

Neste ponto, o presente estudo adotou posição diversa, pois considera tanto o convênio como o contrato de gestão como modalidades de contratos administrativos. Além disso, tais ajustes, conforme já demonstrado, também apresentam os interesses antagônicos e opostos.

Por isso, entende-se que em qualquer caso de celebração de parcerias entre o Poder Público e entidades privadas (com ou sem fins lucrativos), tal contratação, quando possível (houver competição), deveria sim ser precedida de procedimento licitatório, não

necessariamente aquele previsto na Lei nº 8.666/93, mas algum similar e mais adequado a cada modalidade contratual, que muitas vezes requer procedimento mais simplificado, como o chamamento público da Lei nº 13.019/14. A exclusão da licitação pode permitir escolhas que infrinjam os princípios da impessoalidade, da moralidade, da isonomia, da publicidade, entre outros.

No mesmo sentido, vários autores defendem o procedimento licitatório, entre eles Marçal Justen Filho (2012, p. 391-393) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 280), a qual discorre que a escolha da organização social “não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre os possíveis interessados”.

Em que pese a manifestação do Ministro contrário ao dever de licitar na celebração dos contratos de gestão, na sequência ele afirma que as parcerias devem observar os princípios da impessoalidade, da isonomia, da publicidade e da transparência. Ademais, complementa dizendo que há hipóteses em que haveria disputa, nas quais seria necessário um procedimento que garanta a impessoalidade:

Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. **Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos**, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitere-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão (BRASIL, 2015, p. 74) (grifo nosso).

Assim, diante desta conclusão do Ministro Luiz Fux, percebe-se que, na verdade, a defesa não é pela exclusão da licitação, e sim do procedimento previsto na Lei nº 8.666/93, por entender que tal regime não é o mais adequado para a celebração dos convênios/contratos de gestão. Porém, quando houver um “cenário de escassez”, ou seja, possibilidade de disputa/concorrência, deveria sim existir “procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos”, isto é, procedimento licitatório adequado a cada modalidade contratual.

O que é exatamente a posição aqui adotada, conforme já discorrido. Não é porque se considera um ajuste (convênio, contrato de gestão) como espécie de contrato, que

ele deve necessariamente se submeter a todas as normas contidas na Lei nº 8.666/93, é possível a edição de texto normativo que institua novo regime jurídico apropriado para cada tipo de acordo entre a Administração Pública e entes privados, como é o caso dos contratos de gestão, dos termos de parceria, das concessões, etc.

Portanto, após a edição do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei nº 13.019/14), mesmo com a exclusão prevista aos contratos de gestão (art. 3º, III), dever-se-ia aplicar subsidiariamente o procedimento do chamamento público, pois é mais apropriado para este ajuste do que os demais previstos em outros atos normativos⁷⁵.

O Ministro Luiz Fux, continua, mencionando que a dispensa de licitação na prestação de serviços contemplados no contrato de gestão e na outorga de permissão de uso de bem público à OS, tem por finalidade a função regulatória na licitação, o que significa que esta também é mecanismo para fomentar práticas socialmente desejáveis, como é a hipótese das entidades sem fins lucrativos qualificadas como organizações sociais.

Por fim, ainda no tema da violação ao dever de licitar, em relação às contratações realizadas pelas OS's, com terceiros, fazendo uso de dinheiro público, o Ministro Luiz Fux argumenta que as organizações sociais são integrantes do terceiro setor e não fazem parte da Administração Pública, portanto não estão submetidas ao regime da Lei nº 8.666/93. Ademais, a própria lei prevê que tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações com dispêndio de recursos públicos, com critérios objetivos e impessoais⁷⁶.

Outro ponto relevante confrontado pelo Ministro diz respeito ao controle externo, seja pelo Tribunal de Contas, seja pelo Ministério Público. Categoricamente, ele afasta qualquer interpretação da lei que limite à atuação destes órgãos na fiscalização, o que configuraria inconstitucionalidade patente, já que tal atribuição foi conferida pela Constituição Federal, não podendo ser afastada pela referida lei.

⁷⁵ Fernando Borges Mânica (2010, p. 247-248) e Marçal Justen Filho (2012, p. 392) expressaram posição, antes da edição da Lei nº 13.019/2014 e do julgamento da ADI 1923, no sentido de que aplicar-se-ia subsidiariamente à Lei nº 8.987/95 e o seu procedimento previsto pelos artigos 14 e seguintes. “Não sendo hipótese de inexigibilidade, a licitação deverá obedecer ao modelo básico da Lei nº 8.987. É que a apuração das vantagens auferíveis pelo contrato de gestão é extremamente similar ao que se passa no regime de concessões” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 392).

⁷⁶ “De outro bordo, insta ressaltar que, em se tratando de contrato de gestão de serviço público de saúde, é evidente que não se aplica à entidade privada o dever de contratar por meio de procedimento de licitação previsto na Lei nº 8.666/93. Em primeiro lugar, porque tal lei não se aplica a entidades privadas; em segundo lugar porque a própria Lei nº 9.637/98 prevê a edição, pela organização social, de um estatuto de compras e serviços; em terceiro lugar, porque não se trata de fomento estatal a uma entidade privada, o que de certa forma justificaria a determinação da entidade fomentadora acerca do modo de aplicação dos recursos envolvidos; em quarto lugar, a própria lei em referência prevê mecanismos de controle e fiscalização, com ênfase em metas e objetivos a serem alcançados; em quinto lugar, porque a imposição do dever de licitar – e de outros deveres formais impostos à Administração Pública – retira a própria essência do contrato de gestão, que é o de transferir a gestão para uma entidade privada” (MÂNICA, 2010, p. 248-249).

4.1.2 Organizações sociais nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios

A Lei nº 9.637/98 instituiu o regime jurídico das organizações sociais apenas em âmbito federal, por isso é considerada uma norma federal e não nacional. Desse fato, tem-se que ela vincula apenas a União e não os demais entes federativos, os quais podem editar normas próprias (MARRARA; CESÁRIO, p. 37).

Os Estados e Municípios podem adotar o modelo semelhante ao federal, estabelecendo contratos de gestão com organizações sociais por meio de lei própria. Como diversos já o fizeram.

Alguns estados foram pioneiros, com leis estaduais que antecederam a lei federal de OS, baseados no anteprojeto desta, tais como o Pará (Lei nº 5.980, de 19 de julho de 1996), a Bahia (Lei nº 7.027, de 29 de janeiro de 1997) e o Ceará (Lei nº 12.781, de 30 de dezembro de 1997).

Outros exemplos de estados podem ser citados como, a Paraíba (Lei nº 9.454, de 06 de outubro de 2011), o Paraná (Lei Complementar nº 140, de 14 de dezembro de 2011), o Rio de Janeiro, que possui uma lei específica para cada área de atuação das organizações sociais (na saúde – Lei nº 6.043, de 19 de setembro de 2001).

O Estado de São Paulo editou a Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998. Porém, o âmbito de aplicação da lei estadual é mais restrito, pois permite o ajuste dos contratos de gestão apenas nas áreas da saúde e da cultura. Inclusive, no setor da saúde, as entidades que recebem a qualificação são denominadas de Organizações Sociais de Saúde (OSS). Esta lei também prevê a possibilidade de fomento e de delegação de serviços públicos de saúde, já que permite o gerenciamento de hospitais, outras instalações e equipamentos públicos de saúde.

Dentre os serviços de saúde gerenciados pelas Organizações Sociais de Saúde no Estado de São Paulo, por meio de Contrato de Gestão, pode-se citar Hospitais, Ambulatórios Médicos de Especialidade (AME), Centro de Referência do Idoso (CRI), Centros de Reabilitação da Rede Lucy Montoro, Centros Estaduais de Análises Clínicas (CEAC), Serviços de Diagnóstico por Imagem (SEDI), Centro de Armazenamento e Distribuição de

Insumos de Saúde (CEADIS) e Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (CROSS).⁷⁷

Conforme dados da Pesquisa de Informações Básicas Estaduais – Perfil dos Estados Brasileiros (Estadic) – 2013, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que, no ano de 2013, dezessete unidades da federação recorreram à contratação de serviços de saúde por meio de Organizações Sociais (OS), quais sejam: Amazonas, Roraima, Pará, Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina, Mato Grosso, Goiás e Distrito Federal⁷⁸.

Verifica-se também um novo fenômeno, constituído pelas chamadas “Organizações Sociais de Saúde Interfederativas (OSS-I)”, as quais são entidades privadas, sem fins lucrativos, que se adequam às diversas legislações e atuam em diferentes estados e municípios. São exemplos: Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM e Instituto de Responsabilidade Social Sírio-Libanês – IRSSL (CUNHA JUNIOR, KNOPP, XAVIER, 2015, p. 22).

No âmbito municipal também é possível constatar a existência de leis que versem sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão entre elas e o Poder Público. Apenas por referência pode-se indicar o Município de São Paulo (Lei nº 14.132, de 24 de janeiro de 2006), cuja lei é voltada especificamente para o setor da saúde, o Município de São Carlos (Lei nº 14.060, de 17 de abril de 2007), cuja aplicação também se restringe à saúde, e o Município do Rio de Janeiro (Lei nº 5.026, de 19 de maio de 2009), mais ampla abarcando atividades que sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, à saúde e ao esporte.

⁷⁷ Informação disponível em: < <http://www.saude.sp.gov.br/ses/acoes/organizacoes-sociais-de-saude-oss>>. Para mais informações sobre Organizações Sociais de Saúde no Estado de São Paulo acessar: <http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/>.

⁷⁸ Dados extraídos do endereço eletrônico: ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Estados/2013/estadic2013.pdf.

4.1.3 Contratos de gestão com as organizações sociais e a Lei nº 13.019/2004

A Lei nº 13.019/2014, com as alterações da Lei nº 13.205/2015, estipulou em seu artigo 3º, inciso III, que as suas normas não são aplicáveis “aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998” (BRASIL, 2014).

Portanto, pode-se concluir que a Lei federal das organizações sociais está excluída da abrangência do marco regulatório do terceiro setor. Porém, surge como questão emblemática àquela relacionada às legislações estaduais e municipais, se estas estão ou não submetidas ao regime da Lei nº 13.019/2014.

Inicialmente, na leitura do dispositivo supramencionado, apura-se que a norma não se referiu apenas aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais tendo com fundamento a Lei nº 9.637/98. Na verdade, o texto normativo é amplo, referindo-se a todos os contratos de gestão, com a condicionante de adoção dos requisitos da Lei federal.

Isto é, o legislador, aparentemente, entendeu que o regime jurídico estabelecido para as organizações sociais federais, além de não ser compatível com a Lei nº 13.019/2014, também é suficientemente robusto para garantir os princípios da Administração Pública e a busca pelo interesse público, não necessitando da incidência do marco regulatório.

Mas, como cada ente federativo pode editar sua própria lei, afastando os requisitos e as condições impostas pela lei federal, seria inviável e imprudente a previsão da exclusão genérica de todas as leis que regulamentem os contratos de gestão com as organizações sociais. Assim, para assegurar um regime jurídico adequado, a legislação excepcionada com o afastamento da aplicação da Lei nº 13.019/2014 deve conter requisitos mínimos, que são aqueles constantes da Lei nº 9.637/98.

Ademais, conforme o artigo 15 da Lei nº 9.637/98⁷⁹, as leis dos outros entes federados que não contrariarem as disposições da referida lei federal e a legislação específica no âmbito federal, podem ser beneficiadas com a extensão dos efeitos da legislação federal tanto na declaração de utilidade pública (extinta) quanto a dispensa de licitação para a

⁷⁹ Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal. (BRASIL, 1998)

permissão de uso de bens públicos (artigos 11 e 12, § 3º)⁸⁰. Isto significa que, o mesmo tratamento dispendido ao regime jurídico das organizações sociais em âmbito federal deve ser estendido às entidades qualificadas pelas outras esferas da federação (estados, distrito federal e municípios) que atendam aos requisitos da lei federal. Tal premissa deve orientar a hermenêutica do art. 3º, inciso III, da Lei nº 13.019/2004 (MODESTO, 2016).

É dizer: a Lei Federal assegurou o mesmo tratamento concedido ao regime jurídico regente das entidades qualificadas no âmbito federal às entidades qualificadas em estados, distrito federal e municípios, desde que os princípios da norma federal fossem respeitados na legislação local, sem adulteração do modelo. Essa mesma *diretriz funcional expansiva ou extensiva* deve guiar a compreensão do disposto no Art. 3º, III, da Lei 13.019/2004, com a redação da Lei 13.204/2015 (...) (MODESTO, 2016).

Dessa forma, as leis estaduais e municipais que preencherem os requisitos e as condições previstas na Lei federal, também estarão retiradas da abrangência da Lei nº 13.019/2014 (Marco Regulatório do Terceiro Setor).

Também corrobora para tal entendimento a própria alteração promovida pela Lei nº 13.204/2015, vejamos a redação anterior do art. 3º inciso III:

Art. 3º (...)

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (BRASIL, 2014).

Com a redação antiga, realmente a exclusão parecia se restringir somente aos contratos de gestão celebrados no âmbito da União. Não obstante, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 13.019/2014, esta foi alterada, passando o art. 3º, inciso III a ter a seguinte redação:

Art. 3º (...)

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015) (BRASIL, 2014)

⁸⁰ Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão. (BRASIL, 1998)

Por fim, a emenda nº 39, da senadora Gleisi Hoffmann, à Medida Provisória nº 684/2015, a qual originou a Lei nº 13.204/2015, trouxe expressamente a exclusão das normas estaduais, distrital e municipais:

Art. 3º (...)

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pelas leis federal, estaduais, distrital e municipais que regem a matéria;

A redação prevista na emenda não deve ter se perpetuado pela razão acima exposta, pois como cada unidade da federação pode expedir a sua própria lei, afastando as diretrizes da lei federal, sendo impraticável a exclusão genérica de todas as leis que regulamentem os contratos de gestão com as organizações sociais. Porém, ela demonstra o objetivo da alteração em expandir a exclusão destas entidades à submissão da Lei 13.019/2014 em todos os níveis (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), desde que atendidos aos requisitos da legislação federal.

4.2 Termos de parcerias com as organizações da sociedade civil de interesse público – Oscip’s (Lei nº 9.790, de 23 de junho de 1999)

A Lei Federal nº 9.790, de 23 de junho de 1999, chamada de “Lei das OSCIP’s” ou “Nova Lei do Terceiro Setor”, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, originou mais uma forma de qualificação outorgada pelo Poder Público a entidades do terceiro setor designada “Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (OSCIP).

Assim como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público não são novo tipo de pessoa jurídica, e sim título concedido pelo Poder Público às entidades sem fins lucrativos que preencham os requisitos legais. Em razão da ausência do intuito lucrativo e dos impedimentos previstos no artigo 2º da referida lei, também só podem qualificadas as associações e as fundações privadas.

A lei estabeleceu requisitos mais rígidos para a qualificação das OSCIP’s do que aqueles definidos no regime jurídico das organizações sociais, com o intuito de evitar os abusos e fraudes na utilização do instituto (DI PIETRO, 2015, p. 289).

O termo de parceria é o ajuste celebrado entre o Poder Público e a OSCIP, o qual tem como finalidade transferir fomento público para a entidade que atue em regime de cooperação em serviços sociais de utilidade pública.

As áreas de atuação da OSCIP são mais abrangentes do que aquelas em que atuam as organizações sociais, consoante o artigo 3º, são elas: promoção da assistência social, da cultura, da educação, da saúde, da segurança alimentar e nutricional, do desenvolvimento sustentável, do voluntariado, do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, de assessoria jurídica gratuita, da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; defesa, preservação e conservação do meio ambiente; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades deste rol; estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

A Lei das OSCIP's também prevê que a outorga da qualificação é ato vinculado, isto é, o Ministério da Justiça deve conceder o título à entidade que preencha os requisitos, afastando a discricionariedade.

A principal diferença entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público está em que as primeiras podem receber delegação da gerência de serviço público, enquanto que as segundas apenas recebem fomento, ou seja, prestam atividade de natureza privada de interesse público e, por isso, recebem auxílio do Estado.

Em relação às Oscips, o Poder Público deve limitar-se a exercer atividade de fomento, ou seja, incentivo à iniciativa privada de interesse público, tal como ocorre em relação às entidades declaradas de utilidade pública, às entidades filantrópicas, aos serviços sociais autônomos. Ao contrário do que ocorre na organização social, o Estado não abre mão de serviço público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz parceria com a entidade, para ajudá-la, incentivá-la, a exercer atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas (DI PIETRO, 2015, p. 292-293).

Dessa forma, apesar da relevância da participação das OSCIP's para a implementação de atividades de interesse público, em razão da finalidade de fomento, os termos de parceria não se mostram adequados para a prestação dos serviços públicos de saúde pela

iniciativa privada, pois isso pressupõe a delegação, que não é o objeto do referido ajuste (MÂNICA, 2010, p. 254).

Portanto, o termo de parceria é voltado para disciplinar o fomento de ações privadas de saúde, não qualificadas como serviços públicos de saúde, o que exclui esta modalidade contratual para a contratação de particulares de forma complementar ao SUS.

4.2.1 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios

A Lei nº 9.790/99 estabeleceu o regime jurídico das organizações da sociedade civil de interesse público apenas para os ajustes celebrados entre a União e as respectivas entidades, sendo também considerada uma norma federal e não nacional.

Os Estados, o Distrito Federal e Municípios podem adotar o modelo semelhante ao federal, mas isso depende de lei de cada ente da federação.

Pode-se citar o exemplo do Estado de São Paulo, no qual a Lei nº 11.598, de 15 de dezembro de 2003, estabelece normas sobre as OSCIP's. Porém, esta norma não prevê o procedimento de qualificação pelo Estado, disciplinando, unicamente, a celebração de termos de parcerias entre a Administração Pública Estadual e as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público pelo Governo Federal.

Por outro lado, outros entes federados disciplinaram também a qualificação, como o Estado do Rio de Janeiro, que editou a Lei nº 5501, de 7 de julho de 2009, prevendo o procedimento de qualificação de entidades como organizações da sociedade civil de interesse público pelo Estado.

4.2.2 Termos de parcerias com as organizações da sociedade civil de interesse público e a Lei nº 13.019/2004

A redação original da Lei nº 13.019/2004 previa em seu artigo 4º, posteriormente revogado pela Lei nº 13.204/2015,

Art. 4º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria.

Inclusive, tal inserção foi aclamada por parte da doutrina, no sentido de que o Marco Regulatório do Terceiro Setor traria mais moralidade para os termos de parceria, evitando os desvios na aplicação prática do instituto, ao estabelecer requisitos e procedimentos mais rigorosos, como o chamamento público a todos os entes federados, em razão de ser lei nacional (DI PIETRO, 2015, p. 289).

Entretanto, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 13.019/2004, esta foi alvo de inúmeras alterações pela Lei nº 13.204/2015, dentre as quais, o citado artigo 4º foi revogado. Além disso, foi inserido o inciso VI no artigo 3º, que trata das exclusões da abrangência da lei, “art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: (...) VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999”.

Portanto, da mesma forma que os contratos de gestão com as organizações sociais, os termos de parcerias com as OSCIP's foram excluídos da aplicação do Marco Regulatório do Terceiro Setor, tal afastamento abarca as legislações de todos os entes que apresentem os requisitos previsto na Lei Federal das OSCIP's. Nesse ponto, pode-se aplicar as observações acerca dos contratos de gestão.

No entanto, a Lei nº 13.019/2014 introduziu modificações na Lei nº 9.790/99. Inicialmente acrescentou o requisito de constituição e funcionamento de no mínimo três anos para as entidades sem fins lucrativos se qualificarem como organizações da sociedade civil de interesse público. Também adicionou uma hipótese de atuação da OSCIP, consistente nos estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

Outra alteração relevante, diz respeito à forma de prestação de contas relativa à execução do termo de parceria, estabelecendo procedimento detalhado e técnico, permitindo maior fiscalização e controle, baseado em metas e resultados. Tal procedimento inclui: (I) relatório anual de execução de atividades, comparando-a com as metas almejadas; (II) demonstrativo integral das receitas e despesas; (III) extrato de execução física e financeira; (IV) demonstração de resultados do exercício; (V) balanço patrimonial; (VI) demonstração das origens e das aplicações de recursos; (VII) demonstração das mutações do patrimônio social; (VIII) notas explicativas das demonstrações contábeis; (IX) parecer e relatório e auditoria.

4.3 Termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação com as organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014)

A Lei Nacional nº 13.019, de 31 de julho de 2014, considerada o Marco Regulatório do Terceiro Setor, institui norma gerais para as parcerias estabelecidas por todas as esferas da Administração Pública direta e indireta com as chamadas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

As organizações da sociedade civil são as entidades privadas sem fins lucrativos, as sociedades cooperativas previstas nos termos do art. 2º, inciso I, alínea “b”, e as organizações religiosas que realizem atividades de interesse público e social.

Os três instrumentos previstos na lei para a formalização das parcerias entre o Poder Público e as organizações com a sociedade civil são: (I) Termo de colaboração é para o ajuste proposto pela Administração Pública que envolva transferência de recursos financeiros; (II) Termo de fomento é para a parceria proposta pela organização da sociedade civil que envolva a transferência de recursos financeiros; (III) Acordo de cooperação é o instrumento para as parcerias que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

Embora a Lei 13.019/2014 traga diversos avanços para as parcerias com o terceiro setor, assim como requisitos e mecanismos mais rígidos visando a moralização destes acordos, as contratações relacionadas aos serviços públicos de saúde e a participação privada complementar ao SUS foram expressamente excluídas da abrangência da referida norma.

Portanto, o termo de colaboração, o termo de fomento e o acordo de cooperação não são utilizados para a prestação dos serviços públicos de saúde por particulares.

4.4 Concessão administrativa (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004)

A concessão administrativa, modalidade de parceria público-privada em sentido estrito, foi introduzida pela Lei Nacional nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, também denominada Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei das PPP's).

Esta norma estabeleceu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta, com fundamento no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

(...) é fixada a abrangência do Projeto de Lei, determinando que o mesmo seja o marco legal geral para as parcerias público-privadas, nos termos autorizados no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. O parágrafo único do projeto, por sua vez, estende sua aplicação às entidades da administração indireta e àquelas controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público (BRASIL, 2003, p. 8).

O conceito legal de concessão administrativa está previsto no § 2º do Artigo 2º da mencionada lei:

§ 2º. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (BRASIL, 2004)

A primeira conclusão que pode se extrair da definição normativa é que o objeto central do contrato é a prestação de serviço, podendo ou não abranger a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Na sequência, observa-se que estes serviços não foram qualificados pelo legislador, ou seja, não são necessariamente “serviços públicos”, diferentemente dos outros tipos de concessão. Ademais, eles podem ser divididos em duas vertentes: (i) serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta, isto é, atividade material prestada ao Poder Público e (ii) serviços de que a Administração Pública seja a usuária indireta, ou seja, os serviços públicos (em sua concepção ampla)⁸¹.

O processo de renovação da concessão promoveu alterações na noção de serviços públicos, à qual foi atribuído sentido amplo, para abarcar todas as atividades administrativas de prestação, incluindo não apenas os serviços públicos econômicos, como também as atividades sociais e aquelas de natureza indivisível (MONTEIRO, 2010, p. 155). O que é identificável na própria aplicação da concessão administrativa.

Portanto, pode-se definir a concessão administrativa como o contrato administrativo pelo qual o parceiro público transfere ao concessionário a execução de um serviço, seja público ou não, precedida ou não de obra pública ou fornecimento e instalação de

⁸¹ A concepção ampla de serviço público dispõe que os serviços públicos seriam as atividades prestacionais em geral do Estado, abrangendo os serviços públicos econômicos (remunerados por tarifa ou taxa), os serviços *uti universi* (natureza indivisível) e os serviços sociais (que podem ser explorados por particulares sem delegação – exemplos: saúde e educação) (ARAGÃO, 2013, p. 142).

bens, para que o execute em nome próprio, mediante remuneração consistente fundamentalmente na contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público ao parceiro privado, podendo também ser composta por receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados.

Antes de adentrar e aprofundar na espécie concessão administrativa, cabe tecer breves comentários à possibilidade de aplicação de outras modalidades de concessões translativas⁸² nos serviços públicos de saúde.

No que tange ao tema concessões e os serviços públicos de saúde, três questões devem ser examinadas: (I) o pressuposto da gratuidade dos serviços públicos de saúde, (II) a concepção de que apenas é possível a concessão de serviços privativos do Estado e (III) o temor da delegação de tais serviços aos entes privados com fins lucrativos.

Consagrou-se entendimento majoritário no sentido de que os serviços públicos de saúde são gratuitos. Neste sentido Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 74) elencam a gratuidade como princípio constitucional do direito à saúde, definindo-o como a proibição de “toda e qualquer forma de cobrança do usuário de ações, serviços e equipamentos públicos de saúde”.

Estes autores consideram que o direito à saúde, ao lado dos demais direitos sociais, é baseado na busca pela igualdade, o que se concretiza pela prestação estatal somada ao princípio da solidariedade social, ou seja, a contribuição por meio de tributos não vinculados para o financiamento das ações e serviços de saúde.

Fernando Aith (2007, p. 220-223) cita o princípio da equidade ou da solidariedade como a base da gratuidade, isto é, o dever de financiamento por toda a sociedade dos serviços públicos de saúde.

Existe uma diferença fundamental entre os benefícios decorrentes da previdência social e as ações e serviços de assistência social e de saúde. Enquanto os primeiros só serão fornecidos mediante contribuição, **os segundos serão universais e gratuitos, ou seja, não pressupõem contribuição.** A assistência social e a **saúde contam integralmente com a solidariedade nacional (...).**

A Constituição de 1988 deu um grande salto de humanismo e de solidariedade ao definir a universalidade das ações e serviços públicos de assistência social e de saúde, tornando-os serviços públicos gratuitos, não contributivos. Em outras palavras, não é necessário contribuir financeiramente para ter acesso a esses serviços públicos essenciais (AITH, 2007, p. 221) (grifo nosso).

⁸² As concessões translativas podem ser divididas em concessão comum, que abrange as concessões de serviço público e de obra pública quando regidas pela Lei nº 8.987/95, concessão patrocinada e concessão administrativa, essas últimas duas denominadas parcerias público-privadas e regidas pela Lei nº 11.079/04.

Em sentido oposto, verifica-se a posição de Fernando Borges Mânica (2010, p. 233), o qual considera que a obrigatoriedade da prestação gratuita dos serviços públicos de saúde não pode ser extraída do texto constitucional.

Para ele, os serviços públicos de saúde garantidos pelo Estado podem ser delimitados a determinado grupo de beneficiários, aqueles economicamente incapazes de pagar pelos serviços no mercado. Já que a Constituição Federal determinou a garantia do direito à saúde por meio da universalização do acesso aos serviços de saúde, os quais podem ser públicos ou privados (MÂNICA, 2010, p. 133-140).

Em que pese a congruente e fundamentada exposição no sentido do afastamento da gratuidade dos serviços públicos de saúde, pois realmente não há previsão expressa na Constituição nessa linha, somado ao atual contexto de necessidade da readequação financeira e do papel do Estado, a questão é extremamente delicada e incita polêmica.

Poder-se-ia argumentar a vedação ao retrocesso no âmbito dos direitos fundamentais. Dessa forma, “uma vez obtido certo grau de realização, legislação posterior não poderia reverter as conquistas obtidas” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 148). Portanto, conforme já consagrado na doutrina e na legislação infraconstitucional (Lei nº 8.080/90, artigo 43; Lei Complementar nº 141/2012, artigo 2º, I; Portaria nº 113/1997-MS), a gratuidade dos serviços públicos de saúde não poderia ser restringida.

No julgamento do Recurso Extraordinário - RE 581488/RS – pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Edson Fachin ressaltou em seu voto diz que são “premissas inafastáveis da manutenção do Sistema único de Saúde: igualdade, universalidade e gratuidade”.

Assim, como a concessão comum e a concessão patrocinada pressupõem a cobrança de tarifas dos usuários, caso a gratuidade seja considerada um princípio constitucional dos serviços públicos de saúde, estas duas modalidades contratuais não poderiam ser utilizadas.

Porém, a concessão administrativa, modalidade de parceria público-privada, apresenta forma peculiar de remuneração do parceiro privado, pois esta resume-se basicamente na contraprestação paga pelo parceiro público, ou seja, não há cobrança de tarifas dos usuários, permitindo a aplicação de uma concessão para serviços considerados obrigatoriamente gratuitos. Todas as demais formas de concessão têm como requisito a cobrança de tarifa dos usuários.

Portanto, mesmo diante da posição em que considera os serviços públicos de saúde gratuitos, a aplicação da concessão administrativa seria alternativa viável.

Em relação ao pressuposto de que apenas é possível a concessão de serviços privativos do Estado, apura-se que ela é baseada na **concepção restritíssima de serviço público**, a qual considera serviços públicos as atividades de titularidade exclusiva do Estado, somente podendo ser exploradas pela iniciativa privada por meio de delegação. Não é a adotada no presente trabalho e por grande parte da doutrina⁸³. Em qualquer outra posição, amplíssima, ampla ou restrita, verifica-se que os serviços de saúde prestados pelo SUS são considerados serviços públicos e podem ser alvo de concessão, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal.

Ainda, o que caracteriza a concessão de serviços público é a transferência da sua gerência ao particular, o que lhe confere margem de autonomia, assim como assunção de parcela dos riscos do empreendimento, o que é perfeitamente possível nos serviços públicos de saúde (MÂNICA, 2010, p. 235).

Por fim, a crítica baseada no temor da delegação de tais serviços, essencialmente relacionados aos direitos fundamentais, aos entes privados com fins lucrativos, mostra-se meramente ideológica. É possível que, no caso concreto, a prestação por estas entidades pode se mostrar mais eficiente do que aquelas realizadas pelo Estado diretamente e por entidades do terceiro setor (sem fins lucrativos).

Dessa forma, considerando que o interesse público é a máxima efetivação do direito fundamental à saúde, o que pressupõe que as despesas sejam realizadas de forma eficiente, já que os recursos financeiros e materiais são finitos e as necessidades de saúde são infinitas, a prestação mais eficiente será a que melhor atende esta finalidade. E não haverá motivo para que se vede o lucro, a não ser que seja por mera animosidade ideológica ao setor privado lucrativo.

⁸³ Pode-se citar Alexandre Santos de Aragão (2013); Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003); Fernando Borges Mânica (2010).

5 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

5.1 Histórico

No Brasil, o uso do instituto das concessões se inaugura no século final XIX. Ao longo do tempo, juntamente com as mudanças políticas e sociais, especialmente o grau de intervenção estatal na economia, é instrumento que vem sem alvo de regramentos novos, inovadores usos políticos e de revisões doutrinárias. Porém, desde sempre, a concessão tem como objetivo viabilizar que a Administração Pública transfira aos particulares o ônus do financiamento e da execução de serviços, em contratos de prazos longos (MONTEIRO, 2010, p. 11).

A concessão se iniciou em âmbito nacional com as estradas de ferro, por meio da Lei Geral nº 641, de 26 de junho de 1852, a qual permitiu o uso do instituto pelo Governo Federal para a construção e exploração do transporte ferroviário do Rio de Janeiro às Províncias de Minas Gerais e São Paulo. Originalmente, as concessões se mostraram como modelo da assunção dos serviços públicos por particulares, fortemente influenciado e estimulado pelo viés abstencionista do Estado Liberal e ausência de recursos públicos, mediante o financiamento privado das infraestruturas referentes aos serviços de transporte coletivo, portos, distribuição de água, energia e comunicações (MONTEIRO, 2010, p. 11, 17-18).

Em meados da década de 30 do século XX, a utilização da concessão entra em desuso, sendo possível elencar dois motivos principais, a instabilidade política e socioeconômica ocasionada pelas duas guerras mundiais, além da mudança no grau de intervenção do Estado no sentido de adotar uma tendência estatizante em vários países, em consequência da transição do Estado Liberal para o Estado Social (MONTEIRO, 2010, p. 11 e 19), incluindo-se o Brasil, com a chamada “Era Vargas”. No contexto brasileiro, o fracasso das concessões aplicadas no setor das ferrovias foi outro elemento relevante para o desestímulo do uso deste instituto (JUSTEN FILHO, 2003, p. 52).

Na sequência, verificou-se a intervenção estatal mais intensa, com o crescimento da prestação direta dos serviços públicos pelo Estado, sendo que foram criadas diversas empresas e fundações estatais com o fito de retomar parcela das concessões outorgadas ao setor privado (MONTEIRO, 2010, p. 11 e 24).

A (tentativa) de implantação do *Welfare State* apresentou como

principal característica o crescimento desmensurado do aparelhamento estatal, seja da Administração direta, seja da indireta, com a atração de várias funções pelo Poder Público (DI PIETRO, 2015, p. 10), mostrando-se como período de desuso da concessão com entes privados, não integrantes da Administração Pública.

No final do século XX, a somatória da crise fiscal com a falta de eficiência nas atividades estatais, além de outras consequências negativas do intenso intervencionismo do Estado nos campos sociais e econômicos, induz o modelo de Estado do Bem-Estar Social ao colapso.

O Estado Providência cedeu lugar ao Estado Pós-Social, registrando ampla reforma administrativa, na tentativa de reequacionar o papel e a extensão do aparelho do Estado, sendo uma das principais ferramentas a privatização (sentido amplo).

A partir da década de 90, com a Reforma do Estado no Brasil, em grande parte iniciada e executada pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, a utilização das concessões ressurgiu, novamente, elas passam a ser vistas como instrumento hábil para a transferência de funções administrativas a particulares, desonerando o poder público (MONTEIRO, 2010, p. 23-27).

A retomada das concessões foi acompanhada de verdadeira revolução cultural nas relações entre o setor público e o privado, sem a qual esse tipo de colaboração não poderia avançar. Dessa forma, verifica-se que a opção da Administração Pública pela forma de prestação das suas atividades, sofreu ao longo do tempo diversas influências, especialmente ao que tange a forma de concepção do Estado e de suas funções, ora elegendo-se o intervencionismo direto com maior intensidade, ora escolhendo-se a descentralização de suas atividades com o auxílio do setor privado (MONTEIRO, 2010, p. 27).

As concessões renascem no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, além de outras leis específicas de setores econômicos (elétrico – Lei nº 9.427/96, telecomunicações – Lei nº 9.472/97, saneamento básico – Lei nº 11.445/2007, petróleo e gás natural – Lei nº 9.478/97). Com relevância para a edição da Lei nº 11.079/2004 que instituiu as parcerias público-privadas em sentido estrito, nas modalidades concessão patrocinada e concessão administrativa.

5.2 Concessão gênero e espécies

Em razão da origem e do uso no Brasil da concessão, além da influência francesa, os doutrinadores tendem a focar as análises apenas na concessão de serviços público, atualmente regulamentada, em termos gerais, pela Lei nº 8.987/95 (MONTEIRO, 2010, p. 38).

Vera Monteiro (2010, p. 12 e 13) defende a existência do gênero “concessão”, o qual apresenta diversas espécies, dentre elas a espécie da concessão de serviço público. Dessa forma, demonstra que é possível a utilização deste instrumento também para outros serviços, que não sejam qualificados como públicos, assim como para a exploração de bens públicos. Conforme Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 7), há uma

(...) inegável tendência contemporânea de tornar passível de gestão delegada privada não apenas os serviços públicos econômicos (titularizados pelo Estado) – seu objeto clássico –, como também as atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos sociais e culturais que a iniciativa privada pode explorar por direito próprio, isto é, sobre as quais não há *publicatio*.

Assim, concessão em sentido amplo é um modelo de colaboração entre Estado e o setor privado, cuja função típica é de “viabilizar (...) a realização de investimentos significativos voltados à disponibilização de bens e serviços à sociedade” (MONTEIRO, 2010, p. 199). Portanto, é gênero do qual decorrem diversas espécies, dentre estas a concessão de serviço público e as modalidades de parcerias público-privadas em sentido estrito.

Por isso, alegações generalizantes que usam como base um conceito fechado de *concessão de serviço público*, o qual seria universal, isto é, as regras e conclusões a respeito dessa espécie de concessão seriam válidas para todas as outras, devem ser evitadas (MONTEIRO, 2010, p. 38).

Apenas com a finalidade de um recorte teórico para o presente estudo, será utilizada a divisão feita pela doutrina clássica entre dois grandes grupos de concessões, a translativa e a constitutiva⁸⁴. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 68), a concessão translativa “importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo”, esse grupo abarca as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas.

A concessão constitutiva é aquela em que, “com base em poder mais

⁸⁴ Alguns autores criticam que a divisão em concessões translativas e concessões constitutivas gera um reducionismo do fenômeno contratual. Neste sentido, Vera Monteiro (2010, p. 154).

amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de bem público, em suas várias modalidades” (DI PIETRO, 2015, p. 68).

Logo, as concessões translativas podem ser subdivididas em concessão comum, que abrange as concessões de serviço público e de obra pública quando regidas pela Lei nº 8.987/95, concessão patrocinada e concessão administrativa, essas últimas duas denominadas parcerias público-privadas em sentido estrito e regidas pela Lei nº 11.079/04.

Assim, passar-se-á à análise do regime jurídico aplicável a estas espécies de concessão, com enfoque para a concessão administrativa.

5.2.1 Concessão comum

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, estabelece três tipos de concessão comum: (a) concessão exclusiva de serviços públicos; (b) concessão exclusiva de obras públicas; (c) concessão de serviços e obras públicas (MOREIRA, 2010, p. 24).

A concessão exclusiva de serviço público ordinária também sujeita à legislação específica, conforme o setor em questão, tem a sua definição legal prevista o artigo 2º, inciso II, da referida Lei, como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” (BRASIL, 1995). Porém, a definição legal apresenta imperfeições, sendo que a doutrina dispõe sobre a necessidade de uma conceituação mais adequada.

Neste sentido, a concessão de serviço público comum pode ser conceituada como o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere ao concessionário a execução de um serviço público por prazo certo, para que o efetive em seu próprio nome, por sua conta e risco, cuja contraprestação se consubstancia em tarifa paga pelo usuário ou outro tipo de remuneração derivada da exploração do serviço (DI PIETRO, 2015, p. 78).

O artigo 2º, inciso III, da Lei nº 8.987/95⁸⁵, dispõe sobre as outras duas

⁸⁵ “Art. 2º (...) III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da

concessões comuns: (a) a concessão exclusiva de obra pública; (b) a concessão de serviços e obras públicas.

A concessão exclusiva de obra pública é forma de financiar obras estatais com capital privado. Assim, após a construção da infraestrutura, o concessionário cobra tarifa dos usuários em razão da utilização da obra, não havendo a prestação de serviços públicos (MOREIRA, 2010, p. 25). Esta conclusão pode ser extraída do próprio conceito legal, pois a sua parte final determina que o investimento da concessionária pode ser **“remunerado ou amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”** (BRASIL, 1995) (grifo nosso).

A concessão exclusiva de obra pública ordinária pode ser conceituada como o contrato administrativo através do qual a Administração Pública delega ao concessionário a realização de obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração obtida por meio da exploração das utilidades que a obra proporciona ou paga pelos beneficiários da obra.

Dessa forma, a necessidade de que a remuneração não seja realizada pelo poder concedente na concessão exclusiva de obra pública é a principal distinção entre esta modalidade contratual e os contratos de empreitada. A remuneração desta concessão comum pode ser feita por meio de contribuição de melhoria instituída pelo parceiro público ou por meio da exploração comercial das utilidades que a obra permite, mas não paga pelo Poder Público.

A concessão de rodovias é exemplo deste tipo de contrato, tendo em vista que não há a prestação de serviço público, mas a simples exploração econômica decorrente do uso de bem público (rodovia) pelos beneficiários que ali trafegam.

Enfim, a terceira categoria de concessão comum é a de serviço público precedida da execução de obra pública, uma figura híbrida das duas anteriormente citadas, na qual o concessionário realiza uma obra que oferecerá a base física ao serviço público por ele gerenciado e executado (MOREIRA, 2010, p. 25).

A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública pode ser definida como o contrato administrativo entre o Poder Público e o concessionário, no qual se delega, por conta e risco deste último, a realização de uma obra pública, sendo que a remuneração advém da exploração dos serviços e das utilidades da obra.

Em que pese as diferenças supramencionadas entre as espécies de concessão comum, todas elas se subordinam ao mesmo regime jurídico. Por isso, passar-se-á

concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” (BRASIL, 1995).

ao exame das características compartilhadas.

De maneira inicial, ressalta-se a forma de contratação, como previsto na Constituição Federal (artigo 37, XXI), a qual se dará por meio de licitação, na modalidade de concorrência e de leilão para os casos previstos na Lei nº 9.074/95.

O regime jurídico apresenta, dentre outros aspectos: (a) presença das cláusulas regulamentares, as quais estabelecem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes; (b) atribuição de prerrogativas públicas ao concessionário, como promover desapropriações e constituir servidões (artigo 31, inciso VI), exercer o poder de polícia em relação aos bens vinculados à prestação de serviços (artigo 31, inciso VII), a de fazer subconcessão, nos termos do artigo 26, além de outras prerrogativas dispostas em leis específicas; (c) subordinação do parceiro privado aos princípios aplicáveis à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários, adequação, modicidade de tarifas; (d) existência de prerrogativas do Poder Público (encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder de aplicar sanções e decretar a caducidade de maneira extrajudicial); (e) previsão de reversão dos bens, direitos e privilégios transferidos ao concessionário para poder concedente, ao final da concessão; (f) responsabilidade civil objetiva da concessionária pelos danos causados a terceiros e usuários (artigo 37, § 6º da Constituição Federal e artigo 25 da Lei nº 8.987/95); (g) cláusulas financeiras que garantem ao concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (DI PIETRO, 2015, p. 79).

A forma de remuneração, está prevista no Capítulo IV – Da Política Tarifária, podendo ser tarifa, assim como receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados (artigo 11). Portanto, além da própria tarifa paga pelos usuários, existem outras possibilidades de rendimentos, inclusive a exploração econômica da obra pública.

A Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, incluiu o dispositivo 23-A na Lei Geral das Concessões, o qual dispõe sobre a permissão da utilização de mecanismos privados de resolução de disputas (arbitragem) decorrentes ou relacionadas aos contratos de concessão comum, gerando controvérsias. Parte da doutrina defende que é possível a aplicação destes mecanismos, além de benéfico para a Administração Pública por trazer celeridade e a aptidão técnica dos árbitros. No entanto, outros discordam, considerando que os contratos do Poder Público tratam de direitos indisponíveis, sendo inviável a realização da arbitragem (MELLO, 2006).

Na concessão comum a atividade se desenvolve por conta e risco do

concessionário, o qual assume as áleas ordinárias ou empresariais⁸⁶, apenas havendo a aplicação das cláusulas financeiras para as áleas extraordinárias, em razão do equilíbrio econômico-financeiro⁸⁷.

Portanto, a concessão comum, em suas três espécies, tem como principais marcos legislativos a Lei 8.987/95 e a Lei nº 9.074/95; a contratação via licitação, na modalidade de concorrência e de leilão em diversos casos previstos na Lei nº 9.074/95; pode ser aplicada para a transferência de serviço público e/ou obra pública; a remuneração é composta de tarifa paga pelo usuário/beneficiário e/ou exploração do serviço/obra; há uma alocação rígida dos riscos, mediante a qual o concessionário executa o serviço/obra por sua conta e risco.

5.2.2 Parcerias público-privadas

Inicialmente cabe destacar os dois sentidos possíveis de serem extraídas da expressão “PPP – parcerias público-privadas” com base na legislação brasileira.

As parcerias público-privadas, em sentido amplo, podem ser definidas como os diversos ajustes realizados entre o Poder Público e particulares, de trato continuado, em que ocorre a transferência a estes de atividades com algum reflexo no interesse coletivo, sob a responsabilidade do setor privado. Elas foram desenvolvidas especialmente após a Reforma do Estado (década de 90), inseridas no ciclo das “parcerias”, que embora diversas entre si e com base legais distintas, apresentam características comuns, delineadas pelo novo contexto da Administração Pública gerencial, negociada e voltada para o consensualismo (SUNDFELD, 2011, p. 20-22).

Assim, a PPP *lato sensu* abrange a concessão gênero (concessão comum, patrocinada, administrativa e concessão de uso de bem público), os contratos de gestão com organizações sociais, termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse

⁸⁶ As áleas ordinárias ou empresariais, por serem previsíveis, são aqueles riscos presentes em qualquer negócio, inerente a todo empresário; elas correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

⁸⁷ As áleas extraordinárias, por serem imprevisíveis, inevitáveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão do contrato para a recomposição do equilíbrio quebrado. Tendo a aplicação da teoria da imprevisão, do fato do príncipe e do fato da Administração. Tal situação é prevista na Lei 8.987, a chamada “cláusula financeira” que garante a concessionária o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (artigo 9º, §§ 3º e 4º) no caso de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais quando comprovado seu impacto (fato do príncipe) ou de alteração unilateral.

público, entre outros contratos (SUNDFELD, 2011, p. 20).

Por outro lado, as parcerias público-privadas, em sentido estrito, são as duas modalidades denominadas concessão patrocinada e a concessão administrativa, criadas pela Lei Nacional nº 11.079/2004, a qual institui normas gerais sobre a contratação destes modelos contratuais, visando a complementação da legislação existente por meio de novos contratos específicos. O texto normativo, em seu artigo 2º, *caput*, expressamente atribuiu a expressão “parceria público-privada” para designar “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” (BRASIL, 2004).

A concessão patrocinada e a concessão administrativa se diferenciam da concessão comum pelos seguintes pontos: elas são regidas essencialmente pela Lei nº 11.079/2004; a alocação dos riscos é flexibilizada, permitindo uma melhor distribuição em cada caso concreto; o poder público pode prestar garantias ao parceiro privado e ao financiador do projeto; e se dessas garantias sobrevier ganhos econômicos derivados de uma redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado, tais recursos são compartilhados entre os parceiros (DI PIETRO, 2015, p. 150). Tais espécies de PPP têm como principal finalidade criar compromissos financeiros estatais seguros e por períodos longos, incentivando o investimento privado em projetos públicos (SUNDFELD, 2011, p. 25).

Na sequência será analisado o regime jurídico das parcerias público-privadas em sentido estrito, com enfoque para a concessão administrativa, viabilizando destacar os principais aspectos que a tornam instrumento apto para ser utilizado na contratação de particulares nos serviços públicos de saúde como saída para a falta de recursos e o mau gerenciamento públicos, em busca do desenvolvimento, verificando-se todos os benefícios veiculados pela Lei nº 11.079/2004 para atrair investimentos privados de longo prazo nos projetos do poder concedente, como também ressaltar as cautelas necessárias para evitar eventuais desvios.

5.2.2.1 Breve introdução à Lei nº 11.079/2004

Com a edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a qual dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública de todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e

Municípios), criaram-se duas novas modalidades contratuais, submetidas ao regime jurídico específico da norma, a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A origem do instituto das parcerias público-privadas (PPP) se deu no Reino Unido em 1992, integrada aos programas de reforma do Estado desenvolvidas pelo governo de Margaret Thatcher. Na sequência da política governamental “*Ryrie Rules*”⁸⁸, foi iniciado um projeto de PPP com a finalidade de aumentar a participação e os investimentos privados na prestação de serviços públicos. Neste programa foi empregado o modelo denominado “*private finance initiative (PFI)*” (SILVA, 2009, p. 70), o qual pode ser conceituado de forma genérica como um complexo de ações para aumentar a colaboração de particulares na prestação de serviços públicos (COUTINHO, 2011, p. 52).

No final da década de 90, foram promovidas alterações no modelo PFI, em decorrência da necessidade da repartição de riscos entre os parceiros e da participação do particular na elaboração dos projetos, passando-se a adotar novo modelo designado “*public-private partnership (PPP)*”. O principal objetivo do governo britânico na implementação de tais parcerias foi o incremento da eficiência econômica no setor público, aumentando a qualidade dos serviços e bens aos contribuintes (SILVA, 2009, p. 70).

Após a realização do programa de PPP pelo Reino Unido, tal instrumento se propagou por diversos países no mundo todo (Austrália, África do Sul, Alemanha, Áustria, Canadá, Espanha, França, Hungria, Irlanda, Itália, Japão, Malta, México, Noruega, Portugal, Romênia), para a aplicação em projetos de investimento em infraestrutura e fornecimento de serviços públicos (SILVA, 2009, p. 71).

Dessa forma, o legislador brasileiro também acabou incorporando este instituto, com as suas devidas peculiaridades aos parâmetros nacionais. Inclusive na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 2.546/2003, posteriormente transformado na Lei nº 11.079/2004, foi feita menção ao uso e ao sucesso das PPPs em outros países⁸⁹.

Na exposição de motivos é possível constatar que o objetivo primordial para a criação das PPPs foi a possibilidade de investimentos privados em setores, para os quais o Poder Público não disporia de recursos suficientes, permitindo o desenvolvimento socioeconômico por meio da colaboração do setor público e privado. Isto é, as parcerias público-privadas teriam por finalidade essencial auxiliar na crise financeira e fiscal do Estado.

⁸⁸ Trata-se uma política governamental fundada nas normas de *Ryrie Rules*, as quais foram elaboradas pelo *National Economic Development Council (NEDC)* de 1980, com o fim de permitir a participação e o investimentos privados nos projetos públicos (SILVA, 2009, p. 70).

⁸⁹ “Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul (...)” (BRASIL, 2003).

Outro fator mencionado para a instituição desta modalidade contratual é o aproveitamento da eficiência da gestão privada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 147) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) afirmam que há um paradoxo entre objetivo declarado pelo governo e o instituto criado, pois a justificativa principal foi a falta de recursos públicos para investimentos, entretanto o poder concedente terá que pagar, seja parcial ou integralmente, a remuneração ao parceiro privado e, ainda, prestar garantias.

A autora (DI PIETRO, 2015, p. 147) aduz que a finalidade da norma, menos declarada, seria o de privatizar a Administração Pública, repassando funções administrativas para o setor privado, na busca da eficiência da iniciativa privada, restando configurada a “fuga do direito administrativo”.

Quanto ao suposto paradoxo, ele pode ser afastado pelo seguinte raciocínio. A Lei nº 11.079/2004 tem o intuito de suprir a ausência de recursos financeiros públicos para obras de grande vulto, pois, por ser um contrato de longo prazo (5 a 35 anos), o poder público pode não dispor de todo o montante necessário em um espaço curto de tempo, assim sendo, a Administração terá um período maior para realizar os investimentos necessários, sem prolongar o início da prestação do serviço.

Em relação ao objetivo de privatizar, observa-se que a referida norma foi editada no contexto de reformulação do papel Estado à posição de regulador e fomentador, baseado no modelo gerencial da Administração Pública. Portanto, realmente ela busca a diminuição do aparelhamento estatal e o Estado subsidiário, sendo as parcerias público-privadas medidas de privatização em sentido amplo. Portanto, não é finalidade menos declarada, já que é imanente às novas modalidades contratuais introduzidas pelo texto normativo.

A “fuga do direito administrativo” é algo inerente ao referido instituto da concessão, pois a concessionária é um particular e não pode ser submetida ao regime jurídico integralmente público. Ademais, o termo “fuga” não é o mais apropriado, pois transparece uma manobra “irregular” para afastar as normas de direito administrativo.

Dessa forma, há sim o afastamento de parte do regime jurídico público, o que não significa que seja conduta maléfica aos interesses públicos, ao contrário, a prestação dos serviços por entidades contratadas pelas parcerias público-privadas pode ser mais eficiente e atender de maneira mais eficaz ao interesse coletivo.

Portanto, a contratação de parcerias público-privadas deve ser feita de modo ponderado – em razão de ser um contrato complexo, de alto custo e de longo prazo - e

devidamente regulada e fiscalizada pelo Poder Público para que os interesses coletivos sejam preservados e respeitados, especialmente na prestação dos serviços públicos inerentes aos direitos fundamentais, como é o caso da saúde.

5.2.2.2 Concessão patrocinada

Segundo o conceito legal (art. 2º, § 1º da Lei nº 11.079/2004), a concessão patrocinada é “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (BRASIL, 2004).

Portanto, utilizando-se por base o próprio conceito da concessão de serviços públicos ou obras públicas, a concessão patrocinada pode ser definida como o contrato administrativo pelo qual o parceiro público transfere ao concessionário a realização de um serviço público, precedida ou não de obra pública, em nome próprio, cuja remuneração será composta de tarifa paga pelo usuário e de contraprestação pecuniária paga pelo concedente ao parceiro privado (DI PIETRO, 2015, p. 150)

Observa-se que o seu regime remuneratório deve envolver, obrigatoriamente, além das tarifas cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do Poder Público ao concessionário⁹⁰. Assim, a Lei nº 11.079/2004 exige contraprestação pública complementar ao preço público cobrado do usuário, a qual é paga pelo poder concedente diretamente ao parceiro privado, com o fito de viabilizar a aplicação do instituto da concessão aos serviços públicos que não são autossustentáveis financeiramente (FERREIRA, 2006, p. 54).

A lei estabeleceu que, como regra geral, a contraprestação paga pela Administração Pública deve ser de no máximo 70% (setenta por cento) da remuneração total auferida pelo parceiro privado (artigo 10, § 3º). Porém, é permitido maior percentual, desde que previamente autorizado por meio de lei específica.

Ademais, há exceções quanto ao regramento da porcentagem máxima da contraprestação do parceiro público no artigo 27, § 1º, da Lei 11.079/04, o qual dispõe que a União Federal, em parcerias celebradas nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, em que

⁹⁰ “Art. 2º (...) § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (BRASIL, 2004).

o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) seja inferior à média nacional, o percentual poderá atingir 80% ou 90%, quando se tratar de operações de crédito ou contribuições de capital realizadas por entidades fechadas de previdência complementar e empresas públicas ou sociedade de economia mista controladas pela União.

A contraprestação paga pela Administração Pública somente terá início quando o serviço objeto do contrato se tornar total ou parcialmente disponível (artigo 7º, *caput* e § 1º). Quando for parcial, o montante pago deve ser relativo à parcela fruível do serviço.

Conforme o artigo 6º da referida lei, a contraprestação pecuniária pode ser feita por: (a) ordem bancária; (b) cessão de créditos não tributários; (c) outorga de direitos em face da Administração Pública; (d) outorga de direitos sobre bens dominicais; e (e) outros meios admitidos em lei. Logo, a contraprestação nem sempre é paga diretamente pelo parceiro público, pois ela pode ser efetivada de forma indireta.

A previsão de pagamento ao parceiro privado de remuneração variável, vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (artigo 6º, § 1º), demonstra mais um aspecto da Administração gerencial que na busca da eficiência exige o cumprimento de metas de desempenho (MOREIRA NETO, 2001, p. 33).

Também é possível o aporte de recursos financeiros em favor do parceiro privado, com a autorização constante do edital de licitação ou por lei específica, para a construção ou aquisição de bens reversíveis (artigo 6º, § 2º), sendo que, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do concessionário, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas (artigo 7º, § 2º).

Isto significa que, além da remuneração, a Administração Pública pode subsidiar a construção ou compra de bens pelo concessionário, antes da disponibilidade do serviço em si, sendo que tais infraestruturas ou bens serão transferidos para o poder concedente ao final da concessão.

Portanto, a remuneração do parceiro privado na concessão patrocinada deve incluir a tarifa cobrada do usuário e a contraprestação devida pelo contratante, mas também pode ser composta por receitas alternativas e o aporte de recursos do § 2º do artigo 6º.

5.2.2.3 Concessão administrativa

De acordo com o conceito legal (art. 2º, § 2º, da Lei de PPPs), a concessão administrativa é “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (BRASIL, 2004).

Ao se analisar a definição legal, é possível extrair informação relevante relacionada ao objeto do contrato, que é a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, podendo ou não abranger a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Assim, conclui-se que seu objeto central é a prestação de serviço (DI PIETRO, 2015, p. 155). O objeto desta espécie de parceria público-privada é o mais amplo, porque ela se mostra instrumento hábil para a concessão de serviço público, de obra pública e para outros tipos de serviços em geral que sejam de interesse do Estado.

Portanto, a concessão administrativa é o contrato administrativo pelo qual o parceiro público transfere ao concessionário a execução de um serviço, seja público ou não, precedida ou não de obra pública ou fornecimento e instalação de bens, para que o execute em nome próprio, mediante remuneração consistente fundamentalmente na contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público ao parceiro privado, podendo também ser composta por receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados.

A concessão administrativa foi desenvolvida com a finalidade de “(...) permitir a lógica econômico-contratual da concessão tradicional a *outros objetos* que não a exploração de serviços públicos econômicos” (SUNDFELD, 2011, p. 23), como, por exemplo, os serviços de infraestrutura sanitária, penitenciária, educacional, etc., respeitando-se a indelegabilidade de funções de regulação, jurisdicional, de poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (art. 4º, inciso III, da Lei nº 11.079/2004). Isso demonstra que essa modalidade de parceria tem objetos diferenciados das demais, podendo ser aplicada aos serviços públicos de saúde, mantendo-se a sua gratuidade.

Na modalidade concessão administrativa, a forma de remuneração é principalmente composta pela contraprestação paga pela Administração, que pode ser em pecúnia ou pelos meios descritos no artigo 6º da Lei nº 11.079/04 (ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; outros meios admitidos em lei).

Mas, em razão da ausência de impedimento expresso, a remuneração também pode conter recursos de outras fontes de receitas complementares, acessórias alternativas ou decorrentes de projetos associados.

De maneira idêntica à concessão patrocinada, o contrato de concessão administrativa poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável, vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato e também o aporte de recursos financeiros em favor do parceiro privado, desde que autorizado no edital ou em lei específica, para a construção ou aquisição de bens reversíveis.

Outra regra genérica para as duas modalidades de PPPs, é que o início do pagamento da contraprestação pela Administração Pública deverá ser precedido da disponibilização total ou parcial do serviço objeto do contrato (artigo 7º, *caput* e § 1º). Quando for parcial, o montante pago deve ser relativo à parte fruível do serviço.

Assim, a remuneração do parceiro privado na concessão administrativa deve incluir, obrigatoriamente, a contraprestação pelo poder concedente, mas também pode envolver as receitas alternativas e aportes financeiros do § 2º do artigo 6º. Excluindo-se a possibilidade da cobrança de tarifas dos usuários.

5.2.2.4 Principais pontos do regime jurídico das parcerias público-privadas

O regime jurídico instituído pela Lei nº 11.079/2004 traça aspectos comuns tanto para a concessão patrocinada, como para a concessão administrativa.

Inicialmente, considerada uma inovação introduzida pelas PPPs, verifica-se que a **alocação de riscos** foi flexibilizada, pelo artigo 5º, o qual permite que o contrato preveja a “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (BRASIL, 2004).

Assim, cada contrato de PPP poderá estabelecer a forma mais eficiente de repartição de risco a cada contrato individualmente, afastando-se um molde engessado para todas as parcerias público-privadas. Dessa forma, o poder concedente deverá incluir na minuta do contrato de PPP, em cada licitação, a maneira da divisão de riscos (PINTO, 2006, p. 157).

Esta previsão garante ao gestor público a flexibilidade necessária para lidar com situações cambiantes, no tempo e em cada caso concreto. Isto é uma técnica

legislativa muito adequada para o instituto em discussão, o qual deve ser individualizado para cada setor e situação em que for aplicado (telecomunicações, transportes, sistema sanitário, energia, saúde, educação, etc.).

Dessa forma, cabe ao agente público responsável pela concessão, juntamente com a equipe técnica, ao elaborar a licitação, considerando as peculiaridades de cada área produtiva, alocar adequadamente os riscos para a parte que pode suportá-los a um custo mais baixo, seja o parceiro privado, seja o parceiro público. No Reino Unido, país onde se originou o instituto das PPP/PFI, estipula-se que, por meio da eficiente alocação dos riscos, houve uma economia de 60% nos gastos nas contratações de parceiros privados (PINTO, 2006, p. 159).

Ainda, destaca-se que foi permitida a repartição de riscos inclusive em casos de “caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Assim, houve uma alteração de paradigma quanto aos riscos referentes às áleas extraordinárias, os quais eram de responsabilidade exclusiva do poder concedente nos contratos de concessão comum regidos pela Lei nº 8.987/95.

O compartilhamento de ganhos econômicos entre os parceiros ressalta os alicerces em que foi criado este instituto, ressaltando as características de parceria, interpretada como a colaboração entre a esfera pública e privada e a união de esforços para a realização de fins comuns.

Assim, cada parceiro será beneficiado com a distribuição proporcional dos bônus referentes aos resultados decorrentes dos seus riscos assumidos, ou seja, caso a Administração concorra para a redução de gastos com o financiamento, diminuindo os riscos, o ganho econômico advindo desta minoração deve (obrigatoriamente) ser repartido proporcionalmente com o parceiro público.

O compartilhamento pode se dar de várias formas como pagamento em pecúnia ao concedente, desconto na contraprestação devida pelo parceiro público ou abatimento no preço das tarifas cobradas dos usuários, no caso de concessão patrocinada.

Também há a possibilidade de **financiamento por terceiros**, a Lei de PPP's, atribuiu grande importância ao terceiro financiador, prevendo a este garantias e privilégios. Como a contraprestação da Administração Pública somente se iniciará quando o serviço objeto do contrato estiver, total ou parcialmente, disponibilizado e os aportes de recursos em favor do parceiro privado para a construção ou aquisição de bens reversíveis se darão na proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas, na maioria dos casos, o parceiro privado necessitará de recursos obtidos junto a entidades financeiras para iniciar seus

investimentos no objeto contratado.

O **sistema de garantias e contragarantias** das parcerias público-privadas⁹¹, criado pela Lei nº 11.079/2004, engloba também medidas acautelatórias ao concessionário. Diversamente dos sistemas tradicionais de garantias adotados aos demais contratos administrativos, direcionados a acautelar tão somente a Administração em casos de inadimplemento do particular.

Esta opção reflete dois motivos principais, novamente, o contexto em que foi criado o instituto da parceria público-privada, com o objetivo de alcançar a colaboração efetiva entre o particular e o Poder Público, afastando-se o autoritarismo deste último e os privilégios unilaterais desmotivados à Administração Pública; e também pelas características peculiaridades do contrato de PPP, que envolvem grandes investimentos e longos prazos, o que torna necessária a existência de meios capazes de garantir a adequada segurança jurídica (GUIMARÃES, 2013, p. 345).

A Lei prevê três modalidades de garantias: **(a) a garantia de execução** do contrato suficiente e compatível com os ônus e riscos envolvidos, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público (artigo 5º, VIII); **(b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública**, a qual é prestada pelo parceiro público em benefício do parceiro privado (artigo 8º); e **(c) a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora** do projeto (artigo 5º, § 2º, incisos II e III) é aquela prestada pelo Poder Público ao financiador. Em todos os seus tipos, verifica-se que são situações em que se substitui o concessionário (como controlador ou credor) pelo financiador do projeto (DI PIETRO, 2015, p. 161).

O regime jurídico das PPP impõe, antes da celebração do contrato, a constituição da **sociedade de propósitos específicos**, a qual ficará incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, nos termos do artigo 9º.

No âmbito federal apenas, a Lei nº 11.079/2004 (artigo 14) estabeleceu a criação do **órgão gestor das parcerias público-privadas**, por meio de decreto, com competência para: (a) definir os serviços prioritários para a execução no regime de PPP; (b) disciplinar os procedimentos para a celebração desses contratos; (c) autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; (d) apreciar os relatórios de execução dos contratos. O Decreto nº 5.385, de 04 de março de 2004, institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP.

⁹¹ Em sentido estrito.

Por fim, pode-se citar o valor mínimo de investimento de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), a delimitação do prazo contratual de no mínimo 5 (cinco) e de no máximo 35 (trinta e cinco) anos e a vedação ao contrato de PPP que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

5.3 As utilizações da concessão administrativa no âmbito da participação privada complementar ao SUS

Após a análise do regime jurídico da concessão administrativa, passar-se-á à análise das possibilidades de utilização da modalidade contratual concessão administrativa para a participação privada nos serviços públicos de saúde.

5.3.1 Atividade fim e atividade meio

A implementação das parcerias público-privadas vem se intensificando no setor da saúde mundialmente. Pode-se citar diversos países que vem fazendo o uso deste instrumento como a Inglaterra, França, Portugal, Espanha, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia e Canadá (SILVA, 2009, p. 33 e CARRERA, 2014, p. 63). Verifica-se, basicamente, dois modelos de PPPs na área da saúde.

Um dos modelos é denominado “bata branca”, o qual é mais amplo e determina a contratação de parceiros privados para a construção/reforma de infraestruturas somada a gerência dos serviços clínicos e não clínicos.

O segundo modelo, designado “bata cinza”, é uma contratação mais restrita, no sentido de afastar a gerência dos serviços clínicos pelos parceiros privados, sendo voltado para a execução de construção/reforma de infraestrutura e a gerência de serviços não clínicos. É o modelo internacionalmente mais utilizado, como no caso do Reino Unido (CARRERA, 2014, p. 63).

Os serviços não clínicos (*soft services*) são aqui denominados de “atividade meio”, isto é, são os serviços de manutenção e apoio administrativo (ex. lavanderia,

hotelaria, nutrição, esterilização, resíduos, manutenção, telefonia, portaria, vigilância, etc.). Já os serviços clínicos (*core services*) podem ser nominados “atividade fim”, pois se referem aos serviços assistenciais de saúde em si.

Algumas outras nações empregam os dois modelos conjuntamente, dependendo do caso concreto. Na Espanha e no Brasil, observa-se as duas formas de contratação de PPPs, com e sem a gerência dos serviços clínicos, como será descrito a seguir.

A Austrália apresentou duas fases, sendo a primeira caracterizada pela transferência máxima dos riscos ao parceiro privado, incluindo a construção e o financiamento da infraestrutura e a gerência dos serviços clínicos e dos serviços de apoio. Posteriormente, passou a ser adotado um modelo mais próximo daquele empregado no Reino Unido, excluindo a prestação dos serviços clínicos pelo particular (SILVA, 2009, p. 91-91).

No Canadá também predomina a contratação “bata cinza”, concentrando-se no fornecimento de infraestrutura e dos serviços conexos, excluindo-se a atividade fim (SILVA, 2009, p. 93).

O modelo de PPP em Portugal incluiu os serviços clínicos. Na legislação portuguesa é previsto que a parceria precisa ser realizada com duas sociedades privadas distintas, porém com a mesma estrutura acionista, uma responsável pelo fornecimento e gestão da infraestrutura hospitalar e dos serviços de apoio, e a segunda assume a gerência dos serviços clínicos. Dessa forma, são dois contratos distintos para a adequação ao objeto de cada um deles, com prazos diferentes para a amortização dos investimentos, além de possibilitar melhor alocação dos riscos a cada uma delas (SILVA, 2009, p. 149-150).

No contexto brasileiro dos serviços públicos de saúde foram instituídos os dois modelos de parcerias público-privadas, tanto envolvendo a gerência dos serviços clínicos, como aquele em que há a exclusão da atividade fim.

A primeira experiência em PPP (concessão administrativa) na área da saúde foi o Hospital do Subúrbio de Salvador, a qual iniciou o atendimento à população em 14 de setembro de 2010. Esta contratação teve por objeto a transferência ao concessionário a execução e gerência dos serviços clínicos e não clínicos, não precedida de obra pública (consistente em equipar, mobiliar e operar a unidade hospitalar, incluindo os serviços médicos prestados). É uma hipótese bem peculiar e não é a mais utilizada no cenário nacional. Primeiro, porque não envolveu a construção da infraestrutura hospitalar, a qual foi realizada pelo Estado da Bahia por outras contratações. Segundo, permitiu ao parceiro privado a gerência os serviços clínicos, sendo classificado como “bata branca”.

Instituto Couto Maia (ICOM) é o segundo projeto de parceria público-privada no Estado da Bahia no setor da saúde. Esta concessão administrativa se limita a construção, manutenção e operação de serviços não clínicos⁹² permanecendo sob a responsabilidade do poder público concedente a assistência direta à saúde, assim como a gerência clínica e administrativa da unidade⁹³. O ICOM é definido como “bata cinza”.

O terceiro contrato de concessão administrativa do Governo Estadual da Bahia foi estabelecido com a Concessionária Rede Brasileira de Diagnósticos SPE S.A., para a gestão e operação de serviço de apoio ao diagnóstico por imagem, proporcionando o

⁹² “Serviços não clínicos (Anexo 3):

Engenharia Clínica: serviços relacionados à aquisição, instalação e manutenção de equipamentos de saúde e mobiliários necessários à operação da Unidade Hospitalar;

Engenharia Hospitalar: serviços relacionados à gestão e fornecimento de utilidades, como água, vapor, energia elétrica e gases, e aos processos de engenharia e manutenção predial da Unidade Hospitalar, contendo, entre outros, a gestão e zelo pelo consumo eficiente e racional dos recursos e manutenção de diversos equipamentos, mobiliários e outros;

Serviço de Jardinagem: serviço de jardinagem nas áreas internas e externas da Unidade Hospitalar, delimitada na poligonal apresentada pelo Poder Concedente;

Serviço Higienização Hospitalar: serviço de limpeza e desinfecção de superfícies necessárias à operação da Unidade Hospitalar;

- Controle de Pragas: Serviços de controle integrado de pragas para a Unidade Hospitalar, em todas suas áreas internas e externas (definidas como área de influência do ICOM).

- Gerenciamento de Resíduos: gerenciamento de resíduos gerados nas dependências internas e externas, necessários à operação da Unidade Hospitalar;

Serviço de Lavanderia: fornecimento, disponibilização, processamento, armazenamento e acondicionamento de roupas, necessários à operação da Unidade Hospitalar considerando a reposição de peças;

Camareira Hospitalar: serviço de camareira para distribuição e controle do enxoval e organização do ambiente do paciente necessário à operação da Unidade Hospitalar;

Serviço de Segurança: serviço relacionado ao gerenciamento e operação da segurança patrimonial, de pessoas e ao controle de acesso de Usuários às dependências da Unidade Hospitalar e sua interação com as forças de segurança pública;

Serviço de Maqueiros: serviço de transporte de paciente nas dependências (interna e externa), necessário à operação da Unidade Hospitalar;

Serviço de Transporte: serviços relacionados ao gerenciamento, execução do transporte e manutenção dos veículos administrativos e ambulâncias da Unidade Hospitalar;

Serviço de Bombeiro Civil: serviço de bombeiro civil e brigada de incêndio para ações preventivas e de primeiro combate a incêndios necessários a Unidade Hospitalar;

Serviço de Recepção: serviço de recepção de Usuários necessário para operação da Unidade Hospitalar;

Serviço de Telefonia: serviço de atendimento e realização de chamadas telefônicas necessárias à operação da Unidade Hospitalar;

Serviço de Nutrição e Dietética: assistência nutricional restrita a produção e distribuição de alimentação para pacientes, acompanhantes, com determinação legal ou com indicação técnica, e colaboradores definidos pelo Poder Concedente, tais como: funcionários, servidores, residentes e estudantes, e eventos realizados na Unidade Hospitalar;

Serviços de Mensageria: serviço responsável pelo registro e movimentação de correspondências e documentos interna e externamente a Unidade Hospitalar, mediante a utilização de sistema para a gestão e controle de informações mínimas como remetente, destinatário, data, prioridade e assunto;

Serviços de Apoio Administrativo aos Serviços Clínicos: serviço responsável pelo apoio administrativo às unidades de internação, e das coordenações do Poder Concedente;

Serviço de Informática: serviço responsável pelo fornecimento, implantação, treinamento de servidores, manutenção e atualização tecnológica de sistema de informação administrativa e de saúde na Unidade Hospitalar” (<http://www.saude.ba.gov.br/ppp/icom/>)

⁹³ Mais informações acessar: <http://www.saude.ba.gov.br/ppp/icom/>.

provimento dos serviços de telemedicina, diagnóstico e bioimagem, pelos seguintes tipos de exames: a) Radiologia Convencional; b) Mamografia; c) Tomografia Computadorizada (TC); e d) Ressonância Magnética (RMN)⁹⁴.

O Hospital Metropolitano Doutor Célio de Castro, conhecido também como Hospital do Barreiro, inaugurado no dia 12 de dezembro de 2015⁹⁵, é o primeiro hospital do Estado de Minas Gerais construído por meio da concessão administrativa (PPP), firmada pela Prefeitura de Belo Horizonte com a sociedade de propósito específico Novo Metropolitano S/A. A contratação transferiu ao parceiro privado a obra civil; fornecimento e implantação da infraestrutura e instalações; mobiliários clínicos e administrativos; provisão de serviços administrativos, prediais, de tecnologia e de hotelaria. Já os serviços assistenciais (corpo clínico e pessoal especializado), medicamentos, equipamentos e insumos médico-hospitalares ficaram sob responsabilidade do poder público concedente.

O segundo projeto da Prefeitura de Belo Horizonte de parceria público-privada na área da saúde em Belo Horizonte tem por objeto a prestação de serviços não assistenciais de apoio e infraestrutura à operação da Rede de Atenção Primária à Saúde no município, precedida de reconstrução e construção de novas unidades⁹⁶. Ambos se enquadram na modalidade “bata cinza”, pois transferem ao particular a realização de serviços e obras de engenharia e a prestação de serviços de apoio não assistenciais⁹⁷.

Um dos projetos de concessão administrativa no Estado de São Paulo objetiva a transferência da construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais referentes a três Complexos Hospitalares: Hospital Estadual de São José dos Campos, Hospital Centro de Referência da Saúde da Mulher – HCRSM e Hospital Estadual de Sorocaba⁹⁸. Novamente, o contrato de PPP não abrange os serviços clínicos, sendo, portanto, o modelo “bata cinza”.

Nos casos dos hospitais de Sorocaba e São José dos Campos constatou-se o modelo híbrido que associa a concessão administrativa, para a construção de infraestrutura e serviços não assistenciais, e o contrato de gestão, celebrados com as organizações sociais de saúde, para a gerência dos serviços clínicos.

⁹⁴ Informação obtida em: http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_diagnostico_por_imagem.htm

⁹⁵ Informação obtida em: <http://novometropolitano.com.br/hospital-metropolitano-doutor-celio-de-castro-e-destaque-no-jornal-estado-de-minas/>

⁹⁶ Mais informações acessar: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/belo-horizonte-assina-sua-quarta-ppp>

⁹⁷ Informação obtida em: http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&tax=39102&lang=pt_BR&pg=10125&taxp=0&

⁹⁸ Informação obtida em: <http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/ppp-complexos-hospitalares/ppp-complexos-hospitalares>

A Secretaria Municipal de São Paulo anunciou um projeto de PPP, na modalidade concessão administrativa com a finalidade de modernização da rede hospitalar, porém foi suspenso pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e a gestão do prefeito Fernando Haddad entre os anos de 2013 a 2016 não deu prosseguimento ao projeto. Esta contratação previa a transferência ao parceiro privado da responsabilidade pela execução dos projetos de arquitetura e engenharia, pelo fornecimento de equipamentos e mobiliários, e pela prestação de serviços não assistenciais, esterilização, lavanderia, limpeza, manutenção predial, de equipamentos e de sistemas de informação, nutrição, portaria, telefonia e vigilância. Também se enquadraria no modelo “bata cinza”⁹⁹ e os serviços médico-hospitalares seriam prestados pela Autarquia Hospitalar Municipal (AHM) e pelas Organizações Sociais de Saúde (OSS), envolvendo dezesseis Unidades de Saúde no processo¹⁰⁰.

Com base nas experiências e exemplos acima citados, percebe-se que a maioria das concessões administrativas foi realizada com a exclusão dos serviços clínicos, ou seja, na modalidade “bata cinza”.

Pode-se elencar dois principais motivos para este direcionamento, o primeiro baseado no desconhecimento desta parceria inovadora, que além de longa, não há ainda resultados consolidados na sua execução. Por isso, os gestores públicos, na sua maioria, preferiram efetuar esta contratação excluindo os serviços clínicos que seria a parte mais complexa e de maior dispêndio de verba.

Alguns optaram pelos já conhecidos contratos de gestão com as organizações sociais para a realização da atividade fim, pois além da experiência nesta forma de parceria, eles são mais simples e de duração inferior. Outro motivo, é a tentativa de evitar críticas ideológicas, no sentido de que determinada figura política estaria “privatizando os serviços públicos de saúde”, possibilitando uma evolução gradativa na aceitação do instituto (CARRERA, 2014, p. 125)¹⁰¹.

⁹⁹ “A decisão por bata cinza, segundo [sic] o então gestor da SMS veio como complemento à parceria público privada com o terceiro setor – Organização Social: “*eu acho que, no caso de São Paulo, é a conclusão natural*”. Ele explica que para fazer uma PPP bata branca em um hospital que já existe, com quadro de servidores municipais, é difícil: “*o que você faz com os servidores de lá?*”. A outra questão apontada pelo gestor é o fato de ser mais fácil rescindir um contrato, caso não esteja atendendo as necessidades do Estado, com OS do que com PPP: “*a PPP é uma concessão de 10, 20, ou até 30 anos, a OS pode mudar em três meses, como já fizemos*”. E acrescentou falando que, em relação à gestão assistencial, “*o Estado está muito melhor preparado pra lidar com OS do que com concessionárias (PPP)*”.” (CARRERA, 2014, p. 132-133).

¹⁰⁰ Informação obtida em: http://ppp.prefeitura.sp.gov.br/ppp_saude.htm

¹⁰¹ “O primeiro quesito discutido na elaboração desse projeto foi a decisão por bata branca ou cinza. O gestor da SES informou que ‘*por questões de decisão política mesmo, não tínhamos dúvida que o modelo que nós queríamos era bata cinza*’. O Secretário da Saúde conversou com o Governador e foi considerado que começar um primeiro projeto de PPP passando a parte clínica para o parceiro privado, além de trazer críticas ideológicas (‘*o estado terceirizou a saúde*’) seria um risco. No entanto, na visão da equipe da SES, esse é o caminho natural: ‘*a coisa vai*’

Portanto, pode-se concluir que pela legislação brasileira é possível a utilização da concessão administrativa incluindo ou não a transferência ao parceiro privado da gerência dos serviços clínicos, o que será definido pelo gestor público no momento da contratação, realizando os devidos ajustes contratuais, já que a modalidade “bata branca” se mostra mais complexa e exige requisitos diferenciados da modalidade “bata cinza”.

Assim como, também, é viável a celebração da concessão administrativa de forma conjunta com outras modalidades contratuais, como o contrato de gestão, com as organizações sociais, sendo necessário, no entanto, planejar a atuação harmônica e sincronizada de todos os parceiros privados.

A grande questão que permeia a utilização para “atividade meio” é o risco de “desvio no uso da concessão administrativa”, pois a concessão administrativa foi criada, basicamente, para viabilizar altos investimentos do parceiro público na infraestrutura necessária para a prestação dos serviços, permitindo a amortização pelo longo período contratual. A intenção do legislador não foi de criar nova modalidade do “contrato administrativo da Lei de Licitações” para serviços como limpeza, vigilância, com prazos longos, sem que haja uma justificativa para isso (investimento privado) (SUNDFELD, 2011, p. 28).

Por isso, em uma interpretação funcional da norma, verifica-se que a hipótese de contratação de serviços não clínicos (de apoio) por meio da concessão administrativa deve ter como justificativa o investimento do parceiro privado na infraestrutura da saúde, como, por exemplo, na construção e/ou reforma de um hospital e/ou fornecimento de equipamentos, etc. A mera concessão de serviços “bata cinza” a particulares sem mais nenhuma outra responsabilidade de investimento aparenta burla à Lei nº 8.666/93, pois seria a contratação de serviços por longos períodos, sem que exista necessidade para tanto.

Por exemplo, em um hospital de infraestrutura pública, cuja gerência dos serviços clínicos é pública, não seria adequado a utilização da concessão administrativa para a mera transferência dos serviços de apoio a um particular. Primeiro, pela complexidade imposta pelo instrumento contratual, sendo que tais serviços podem ser adquiridos de forma mais simples, o que significa também menores ônus aos cofres públicos, já que todo o procedimento de estudos prévios e elaboração de projetos de PPP envolve diversos atores e apresenta custo elevado. Segundo, pelo longo período contratual, que poderia significar a

andando naturalmente nesse sentido, caminhando para no futuro passar o pacote inteiro’ (CARRERA, 2014, p. 125).

perpetuação (desnecessária e sem fundamento) de um único prestador, ferindo os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Ademais, contratos de curto prazo se tornam mais fáceis para a correção de eventuais equívocos no momento da contratação, somente se justificando contratos de longos prazos para hipóteses que realmente necessitem de períodos maiores para amortização de investimentos ou pelo próprio objeto do contrato, como se verifica na complexidade da gestão de serviços públicos que necessita, por parte do parceiro privado, de planejamento e investimentos específicos.

5.3.2 A gestão associada dos serviços públicos de saúde e a concessão administrativa

A gestão associada de serviços públicos é uma das expressões do federalismo cooperativo, podendo ser extraída do artigo 241 da Constituição Federal, o qual dispõe que os entes federados poderão, por meio de lei, constituírem consórcios públicos ou ajustarem convênios de cooperação para a gestão associada de serviços de interesse comum. Ela visa possibilitar que a pessoa jurídica pública incapaz ou com dificuldades de executar determinado serviço individualmente, associe-se a outras objetivando a conjugação de esforços para tornar possível e mais eficiente a prestação dos serviços.

O dispositivo 23, parágrafo único, da Magna Carta, também estimula a colaboração entre as esferas políticas ao estabelecer que “leis complementas fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (BRASIL, 1988).

A gestão associada pode ser realizada por meio da constituição de consórcio públicos, como pessoa jurídica de direito público ou privado, nos termos da Lei nº 11.107/2005, ou mediante acordo de vontade, como, por exemplo, o convênio de cooperação, o contrato de programa ou outros mecanismos que tenham por finalidade a gestão associada da prestação de serviços públicos (DI PIETRO, 2015, p. 256).

A Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, a qual foi regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 07 de janeiro de 2007. A edição da lei referida inseriu novo tratamento ao consórcio público, conferindo-lhe personalidade jurídica de direito público (associação pública) ou de direito privado, conforme o caso.

Dessa forma, pode-se conceituar consórcios públicos como **“associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos”** (DI PIETRO, 2015, p. 251).

Nesse contexto, verifica-se a importância dos consórcios intermunicipais de saúde na gestão associada dos serviços públicos de saúde, adotando-se a prestação coletiva com o objetivo de melhorá-los e ampliá-los, efetivando-se este direito fundamental.

Os consórcios intermunicipais de saúde efetivam os princípios da cooperação e da subsidiariedade. A colaboração transparece na união de esforços comuns entre os entes políticos para afastar as carências locais, por meio do estabelecimento de planejamentos e estratégias de cooperação e da divisão das responsabilidades. Já o princípio da subsidiariedade é efetivado quando os serviços públicos de saúde permanecem na competência do município, o qual mediante consórcios consegue efetivá-los, não necessitando de transferência para a esfera seguinte (COELHO; ROCHA, 2008, p. 459-460).

Assim, os consórcios de saúde são mecanismos que visam implementação de políticas públicas compartilhadas, atendendo às necessidades das pessoas políticas envolvidas, no modo do federalismo cooperativo, afastando-se o isolamento destas entidades, além de ser um instrumento importante para o processo de consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) (COELHO; ROCHA, 2008, p. 460 e 463).

O Sistema Único de Saúde apresenta uma diretriz de descentralização no sentido de municipalização da prestação dos serviços de atendimento, delineada no artigo 17, inciso I, da Lei nº 8.080/90 e na Norma Operacional Básica do SUS – NOB 1/96¹⁰². Assim, a gestão dos serviços direcionados à comunidade deve, preferencialmente, ser efetivada pelo município (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 85-86). Dessa forma, as ferramentas, que permitem ou melhorem a prestação dos serviços por estes entes federados, como é o consórcio

¹⁰² Também no reforçando o processo de municipalização a Reforma Administrativa do Sistema de Saúde no efetivada pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) no governo de Fernando Henrique Cardoso: “Esta reforma implica na efetiva municipalização da saúde pública através do fortalecimento do sistema de atendimento básico municipal, que será a porta de entrada obrigatória na rede hospitalar, e da transferência para os municípios do controle dos serviços prestados pelos hospitais e ambulatorios especializados. Para isto, a estratégia consiste em distribuir aos municípios os recursos da União disponíveis para a saúde na proporção do seu número de habitantes, ao invés de distribuí-los na proporção dos leitos hospitalares existentes no município, como hoje ocorre. Desta forma será possível às autoridades de saúde locais e a seus respectivos conselhos municipais de saúde assumirem a responsabilidade da saúde de seus municípios. O controle será realizado a partir da demanda, representada pelas autoridades municipais, e não pela oferta constituída pelos hospitais” (BRASIL, 1998).

intermunicipal de saúde, corroboram para a implantação do SUS e suas diretrizes, assim como para o incremento da qualidade dos serviços de saúde.

A Lei nº 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde, permite a constituição de consórcios entre os municípios para que desenvolvam em conjunto as ações e os serviços de saúde (art. 10, *caput*, § 1º e art. 18, inciso VII). A Lei nº 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovenamentais de recursos financeiros na área da saúde, prevê a possibilidade de remanejamento, entre os municípios integrantes do consórcio, de recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) alocados na cobertura de ações e serviços de saúde a serem implementados (artigo 3º, § 3º). Portanto, a legislação específica do setor de saúde é clara no sentido de possibilidade da realização de consórcios públicos para a gestão associada dos serviços públicos de saúde.

No mesmo sentido, as normas gerais de consórcios públicos indicam a viabilidade do uso destes instrumentos no âmbito da saúde. A Lei nº 11.107/2005, em seu artigo 1º, § 3º, ressalta que os consórcios públicos na área da saúde deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde - SUS. E o Decreto nº 6.017/2007 exprime que os consórcios públicos podem desenvolver as ações e os serviços de saúde, desde que obedecidos os princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde – SUS (art. 3º, § 2º).

O consórcio público poderá ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Na hipótese dos consórcios relativos às ações e aos serviços de saúde, constata-se que o padrão mais apropriado seria a constituição da associação pública (pessoa jurídica de direito público), inicialmente, porque a gestão da saúde é dever estatal. Segundo, o artigo 39 do Decreto nº 6.017/2007 determina que, a partir de 1º de janeiro de 2008, a União somente celebrará convênios, para fins de transferência de recursos públicos federais, com os consórcios constituídos sob a forma de associação pública e que atendam às exigências legais. Portanto, para que o consórcio intermunicipal de saúde receba verbas federais por meio dos convênios, deverá ser dotado de personalidade jurídica de direito público (COELHO; ROCHA, 2008, p. 469).

Após a formação do consórcio público, com a respectiva criação da sua personalidade jurídica, este pode, entre outras coisas: (a) celebrar contrato de programa; (b) celebrar contrato de rateio; (c) firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza; (d) receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; (e) promover desapropriações e instituir servidões, nos termos do contrato de

consórcio de direito público; (f) ser contrato pela Administração Direta ou Indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação; (g) emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado; (h) **outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor**; (i) receber servidores cedidos pelos entes da Federação consorciados, ou com eles conveniados (BRASIL, 2005).

Logo, o consórcio público, mantendo a função de regulação e fiscalização dos serviços, poderá delegar a execução dos serviços públicos de saúde à particulares por meio da concessão administrativa, o que deve constar do protocolo de intenções.

Conforme já discorrido, o regime das parcerias público-privadas condiciona a celebração destas modalidades contratuais aos requisitos previstos no artigo 2º, § 4º, da Lei nº 11.079/2004, quais sejam: (a) valor do investimento igual ou superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); (b) período de prestação do serviço não inferior a 5 anos; (c) o objeto do contrato não pode ser unicamente o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamento ou a execução de obra pública.

Estas restrições legais podem inviabilizar a contratação da modalidade concessão administrativa em municípios pequenos, os quais, singularmente, não possuem verbas para investimento deste montante. Porém, a constituição do consórcio público para a gestão associada dos serviços públicos de saúde pode superar estes entraves e permitir a contratação (CANÇADO, 2008, p. 245).

A formação dos consórcios intermunicipais conjuntamente com a utilização da concessão administrativa como modalidade contratual podem auxiliar, especialmente, no caso de infraestrutura para o denominado nível terciário de atenção à saúde, aquele de alta complexidade, que envolve mais investimentos, permitindo que determinada circunscrição territorial, tenha acesso a estes serviços, os quais, muitas vezes, são disponíveis apenas em locais mais distantes.

6 CONSTITUCIONALIDADE E CONVENIÊNCIA DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA NA ÁREA DA SAÚDE

6.1 A constitucionalidade da concessão administrativa para a participação privada complementar ao SUS

A Constituição Federal inaugurou nova etapa do âmbito da saúde, pois instituiu o Sistema Único de Saúde, uma rede regionalizada e hierarquizada, baseado nas diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral e participação da comunidade, tornando o direito fundamental à saúde de acesso universal e igualitário, a ser garantido pelo Estado.

O Brasil seguiu o movimento mundial, visualizado em diversos países com sistemas jurídicos distintos, de efetivar progressivamente a universalização de acesso as ações e serviços de saúde, em alguns casos mediante a formação dos sistemas nacionais de saúde (modelo brasileiro) ou, em outros, por meio da ampliação do sistema de seguros sociais (MÂNICA, 2010, p. 156).

Além da consagração do direito à saúde como direito fundamental de acesso universal e como dever do Estado, o texto constitucional também dispõe sobre a participação privada nos serviços públicos de saúde, sendo que tais referências serão a seguir analisadas, bem como a compatibilidade com o uso do modelo contratual da concessão administrativa.

6.1.1 Interpretação da expressão “complementar” do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal

A Constituição Federal previu expressamente a possibilidade participação privada, com ou sem fins lucrativos, no Sistema Único de Saúde no artigo 199, § 1º. Para tanto se utilizou da expressão “complementar”, a qual deve ser interpretada com base nos preceitos constitucionais e no contexto histórico e socioeconômico no qual a Magna Carta foi elaborada, sempre com a finalidade de maximizar a efetivação do direito à saúde (MÂNICA,

2010, p. 157 e 159). Ademais, qualquer ato infraconstitucional que trate do tema deve passar pelo filtro constitucional.

A abertura constitucional à participação privada nos serviços públicos de saúde reflete, primeiramente, uma característica pátria, delineada pelo amplo auxílio prestado por particulares, antes mesmo da universalização determinada pela Constituição, assim como pela grande representatividade do aparato material privado no âmbito da saúde, sendo inviável à consolidação do SUS a obrigatoriedade de prestação integralmente direta e a exclusão dos agentes privados.

Outro fator de influência para esta previsão, foi a mudança mundial e nacional no paradigma da concepção estatal e de suas funções, no sentido de modernização da Administração Pública, buscando a gestão orientada pela eficiência, marcada pela participação privada, flexibilidade, contratualização e consensualidade, o que tem sido aplicado por diversos países com sucesso nos serviços de saúde.

Portanto, não há como se extrair da Constituição a ideologia estatizante dos serviços públicos de saúde, no sentido de que a prestação direta estatal seria a forma mais apropriada para efetivar o direito à saúde. Assim como tal ideal não encontra respaldo em nenhum ordenamento jurídico de países democráticos (MÂNICA, 2010, p. 158).

Todo posicionamento que limita a forma de atuação do Estado de maneira radical, seja pelo viés estatizante, seja pela ótica privatista, em razões puramente ideológicas, sem embasamentos técnicos e pragmáticos para a escolha, acaba por prejudicar a prestação do serviço. Já que a multiplicidade de maneiras de atuação, assim como a diversidade contratual para a participação privada, permite a seleção do modelo mais adequado a cada caso concreto, garantindo-se eficiência e, portanto, a máxima efetivação do direito fundamental à saúde¹⁰³.

A complementariedade da prestação privada na Constituição não deve ser entendida como a obrigatoriedade da prestação direta dos serviços públicos de saúde. Em nenhum momento é possível verificar no texto constitucional o dever do Estado de prestar diretamente tais serviços.

A saúde é considerada um direito fundamental em sentido formal e material, respectivamente, por esta previsto expressamente na Constituição como tal e em razão

¹⁰³ “É tempo de interpretar a sério a ordem constitucional da saúde à luz da *efetivação do respectivo direito*. Para tanto, é importante a análise específica dos dispositivos acima mencionados [artigos 197 e 199, § 1º, da Constituição Federal], bem como dos instrumentos legais admitidos como mecanismos aptos a promover uma participação privada que fortaleça o sistema público de saúde e reforce a capacidade estatal de efetivar tal direito” (MÂNICA, 2010, p. 159)

da sua importância como bem jurídico no desenvolvimento da sociedade. Por isso, com base em uma hermenêutica do conjunto constitucional aliada ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, não é possível extrair do termo “complementar” qualquer entendimento que impeça a utilização de formas mais eficientes na prestação dos serviços públicos de saúde.

Os custos com as ações e serviços de saúde são altos e vem aumentando gradativamente, por diversos motivos, dentre eles, a inversão da pirâmide etária, a universalização do acesso, o desenvolvimento tecnológico e farmacêutico etc. Dessa forma, enquanto as necessidades relacionadas à “saúde” são infinitas e dispendiosas, em contrapartida os recursos financeiros e materiais do Estado são limitados.

Por isso, para garantir a máxima efetivação deste direito, a prestação dos serviços públicos de saúde precisa ser a mais eficiente possível, isto é, oferecer a qualidade adequada e necessária aliada ao menor gasto, para a utilização racional dos recursos, permitindo que mais necessidades sejam atendidas com o mesmo montante.

Nesse sentido, justifica-se a atualização e o desenvolvimento de ferramentas jurídicas que auxiliem neste objetivo, como é o caso da modalidade contratual da concessão administrativa, que permite a participação privada de entidades com fins lucrativos, com a sua respectiva gerência dos serviços, que pode se mostrar mais eficiente, com a grande vantagem (não apenas) de ser forma de investimento privado em infraestruturas públicas de saúde.

Antes de definir a complementariedade, cabe ressaltar que NOB 1/96 preconiza que “atenção à saúde” diz respeito a “todo conjunto de ações estatais levadas a efeito pelo SUS”, que envolvam a proteção e a recuperação da saúde, o que inclui a assistência à saúde, poder de polícia, execução de políticas públicas etc. Já assistência à saúde se refere aos serviços de saúde prestados diretamente às pessoas.

Portanto, pode-se concluir que o Sistema Único de Saúde apresenta competências muito mais amplas do que a prestação dos serviços públicos de saúde, incluindo áreas indelegáveis como o exercício do poder de polícia (vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, vigilância nutricional, fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para saúde, dentre outros expressos na Lei nº 8.080/90) e a gestão das políticas públicas de saúde¹⁰⁴.

¹⁰⁴ “Os estabelecimentos desse subsistema municipal, do SUS-Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para

Assim, a previsão constitucional da participação privada complementar se reporta ao Sistema Único de Saúde como um todo¹⁰⁵, o que inclui ações indelegáveis à esfera privada. Logo, a complementariedade deve ser entendida como a prestação privada na assistência à saúde é complementar a todo o conjunto de ações desempenhas pelo SUS (MÂNICA, 2010, p. 163).

Dessa forma, é perfeitamente constitucional que o gestor público de determinada unidade da federação opte tanto pela prestação direta integral (apenas por meio de infraestruturas física e de pessoal estatais), ou pela prestação indireta integral (somente pelos particulares com ou sem fins lucrativos) ou pela prestação direta em conjunto com a prestação indireta.

A Constituição Federal em nenhum momento estabeleceu um regime rígido, ao contrário, ela estabeleceu uma moldura, com foco na máxima efetividade do direito à saúde, dentro da qual o agente político escolhido democraticamente pode exercer a discricionariedade, devidamente motivada (afastando-se arbitrariedades), a qual deve ser regularmente fiscalizada e controlada pelos órgãos de controle e pela população.

Verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado sincronizada com a acepção acima exposta, ressaltando a nova fase da Administração Pública gerencial e das funções estatais. Inicialmente no julgamento da Medida Cautelar da ADI 1923, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma

(...) não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais. (BRASIL, 2015, p. 43).

as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas, de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral. Isso significa dizer que, independentemente da gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços ser estatal ou privada, **a gestão de todo o sistema municipal é, necessariamente, da competência do poder público e exclusiva desta esfera de governo**, respeitadas as atribuições do respectivo Conselho e de outras diferentes instâncias de poder. Assim, nesta NOB gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema. Por sua vez, **gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria**. São, portanto, gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal” (BRASIL, 1996) (grifo nosso)

¹⁰⁵ “O sistema público de saúde no Brasil, conforme instituído pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) prevê dois eixos de ação. Em primeiro lugar, estabelece a prestação de serviços públicos de saúde e, em segundo lugar, uma gama de atividades denominadas de ações de saúde, relacionadas no art. 200 da Constituição Federal e nos arts. 5º e 6º da Lei nº 8.080/90” (BRASIL, 2015, p. 15).

Alguns anos depois, no julgamento da ADI 1923, o voto do Ministro Luiz Fux se coaduna com as posições aqui defendidas, ressaltando que a Constituição Federal não firmou um único modelo de prestação dos serviços públicos de saúde, pois a escolha pela forma direta ou indireta depende do contexto histórico e político vivenciado, afastando o pressuposto da obrigatoriedade da participação direta do Estado nos serviços sociais. Seu voto foi acompanhado pela maioria do Ministros.

É preciso, em outras palavras, identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas prevalecentes, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante.

(...)

Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social.

(...)

Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (...). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa

(...)

Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social. E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 – e como de fato vêm sendo –, através da colaboração *público-privado*.

(...)

Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (...) e educação (...)

(...)

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado.

(...)

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação.

(...)

Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade.

(...)

(...) a moldura constitucional da atuação do Estado nos setores mencionados pela Lei permite a opção tanto pelo [sic] prestação direta como pelo fomento, desde que, invariavelmente, a Administração Pública seja controlada do ponto de vista do *resultado* (...) (BRASIL, 2015, p. 56, 60-62, 64-65)

No julgamento do Recurso Extraordinário 581.4888, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a importância da igualdade no Sistema Único de Saúde, declarando “constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes” (BRASIL, 2015, p. 81).

Assim, não admitiu que pacientes paguem por tratamento distinto (atendimento médico exclusivo e internação em acomodações diferenciadas) nos serviços públicos de saúde. No voto do Ministro Dias Toffoli, apesar de não ser o tema central da ação, ele ressaltou a participação privada complementar ao SUS como forma de modernização da Administração Pública baseada no consensualismo, na contratualização, na flexibilidade e na eficiência, inclusive citando a tese de doutorado de Fernando Borges Mânica.

Não se nega também que a saúde pública possa ser complementada pela iniciativa privada.

(...)

A Constituição Federal, portanto, ao disciplinar o direito à saúde, oferece expressamente a possibilidade de modernização da Administração Pública por meio da **participação consensual e negociada da iniciativa privada** tanto na gestão de determinadas unidades de saúde quanto na prestação de atividades específicas de assistência à saúde.

(...)

Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.

(...)

Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória (BRASIL, 2015, p. 32, 34 e 35)

Portanto, a participação privada nos serviços públicos de saúde é uma realidade constitucional, não havendo restrições outras que não aquelas prevista na própria Constituição: (a) Os particulares devem obedecer as diretrizes do SUS; (b) mediante contrato de direito público ou convênio; (c) preferência por entidades sem fins lucrativos.

6.1.2. Interpretação da expressão “contrato de direito público” do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, além de universalizar o acesso às ações e serviços de saúde, independentemente de qualquer contribuição, buscou estabelecer nas prestações realizadas pelos particulares as diretrizes baseadas nas políticas públicas por meio da contratualização, garantido a fiscalização e o controle por parte da Administração Pública.

Por isso, o texto constitucional estabeleceu que a participação privada deve se dar por contrato de direito público ou convênio. Nesse ponto cabe verificar o que se entende por contrato de direito público e se a concessão administrativa neste conceito se insere.

6.1.2.1 A natureza jurídica do instituto da concessão

Em relação à natureza jurídica da concessão, há várias teorias, uma defensora da natureza de ato unilateral; a que considera contrato público, outra que prega ser um contrato privado; e, ainda, outra corrente que acredita ser um negócio jurídico misto (MONTEIRO, 2010, p. 34).

Na legislação brasileira, desde a primeira lei referente à concessão, sempre foi reconhecido a sua natureza contratual. A maioria da doutrina pátria a considera um contrato administrativo, pois é um ajuste que se submete a um regime de direito público (DI PIETRO, 2015, p. 69; ALMEIDA, 2012, p. 240; MONTEIRO, 2010, p. 44; GUIMARÃES, 2014, p. 59).

No entanto, verifica-se que a discussão no que tange à natureza jurídica da concessão torna-se supérflua ao se concluir que independentemente da qualificação deste instituto, todas as correntes reconhecem a existência de prerrogativas públicas na concessão. Assim, as mais diversas posições convergem para o mesmo resultado, no sentido de afirmar um regime jurídico típico de direito público nas concessões (MONTEIRO, 2010, p. 36).

Dessa forma, a concessão, assim como qualquer outro contrato celebrado pela Administração Pública, submete-se aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, motivação, publicidade e da supremacia do interesse público e a regras específicas, que compõem o regime público.

Também não se nega que estes contratos apresentam prerrogativas ao parceiro público, o que a doutrina clássica denomina de “cláusulas exorbitantes”. Porém, deve-se ressaltar que o contrato administrativo não pode ser “sinônimo de poder de autoridade”. Na verdade, qualquer privilégio do Poder Público tem como finalidade a consagração do interesse público ao caso concreto, por isso deve-se afastar uniformizações e práticas autoritárias, o que prejudica a busca pelo interesse coletivo e por parcerias eficientes¹⁰⁶ (MONTEIRO, 2010, p. 48-49).

Ademais, o contrato administrativo não pode subverter à lógica contratual que é a de gerar estabilidade e segurança à relação jurídica entre as partes contratantes, o que impõe a negação de arbitrariedades por parte da Administração na execução de contratos (ALMEIDA, 2012, p. 323-324).

Portanto, independentemente da doutrina adotada acerca da natureza jurídica da concessão, é unânime o reconhecimento da existência de regime jurídico especial nesse instituto – típico de direito público – exorbitando o mero direito civil, com regras peculiares e que atribui ao concedente prerrogativas, que devem ser vistas de forma restritiva, com base no caso concreto e com o fim primordial do interesse público, além da suas previsões e utilizações serem devidamente motivadas pelo Poder Público.

6.1.2.2 A natureza jurídica da concessão administrativa

Há um debate na doutrina sobre a natureza jurídica da concessão administrativa, por aproximar-se, em certas situações, dos contratos de prestação de serviços da Lei nº 8.666/93. Inclusive alguns doutrinadores denominam a concessão administrativa de “falsa concessão” (MELLO, 2013, p. 792-793; FERREIRA, 2016, p. 73-74).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 793) afirma que na concessão administrativa não há cobrança de tarifa, e sim contraprestação paga integralmente pelo Poder Público, o que a descaracterizaria como concessão. Ainda, aduz que o objetivo do legislador foi de criar um contrato de prestação de serviços com regime jurídico distinto mais benéfico ao contratante, mascarando-o por meio de espécie de concessão.

¹⁰⁶ “É a desmitificação da natureza exorbitante do contrato administrativo, em prol do reconhecimento de uma relação contratual dialogada, marcada pela consensualidade e pela perda do autoritarismo gratuito” (MONTEIRO, 2010, p. 54)

Outro fator levantado por este posicionamento é que o objeto desta modalidade de PPP pode ser atividade material prestada à Administração Pública, e não serviços públicos. Assim, haveria similitude entre ela e o contrato de prestação de serviços da Lei nº 8.666/93, na forma de empreitada (DI PIETRO, 2015, p. 155).

Entretanto, tal corrente se baseia em alguns pressupostos equivocados. Primeiro, pode-se citar aquele de que existiria um único regime jurídico de contrato administrativo inalterável (MARQUES NETO, 2008, p. 58-59). Ora, a Lei Geral de Contratos Administrativos, além de ter sido fruto de determinado contexto histórico e político, no qual o foco central era nas empreitadas de obra pública e antecedeu às parcerias (SUNDFELD, 2011, p. 22), não objetivou excluir outros regimes contratuais. A evolução na gestão pública impõe constantes criações e aprimoramentos jurídicos.

Algumas normas estabelecidas para as parcerias público-privadas¹⁰⁷ realmente apresentam benefícios ao particular, como prazos mais longos, oferecimento de garantias por parte do poder concedente, permissão de financiamento, margem de flexibilidade para a execução dos serviços, etc. Mas isso não é ruim ao interesse público *per si*, na verdade, são instrumentos para a atração de alto investimento privado em projetos públicos, que diminuem a desconfiança do particular, reduzindo também os custos de transação, além de ser direcionamento da Administração baseada no consensualismo e na real colaboração entre as esferas público e privada, com o afastamento do autoritarismo e das prerrogativas infundadas ou excessivas.

Também não existe base legal para que se considere concessão apenas aquela que tenha por finalidade a prestação de serviços *uti singuli* que permita a cobrança de tarifas dos usuários. A Constituição Federal menciona no art. 175, p. único, inciso III, a expressão “política tarifária”, atribuindo ao legislador discricionariedade para determinar a remuneração de acordo com o interesse público (MARQUES NETO, 2008, p. 58-59).

Ademais, outra premissa inverídica seria de que a concessão necessariamente deveria envolver a prestação de serviços públicos, e como o objeto da concessão administrativa abrange “serviços” de forma ampla e não específica, esta não enquadrar-se-ia no conceito da primeira (MONTEIRO, 2010, p. 176).

Diversas são as distinções entre a concessão administrativa e o contrato de prestação de serviços. Inicialmente, os marcos normativos são diferentes. A primeira é regida

¹⁰⁷ Em sentido estrito.

pelas Lei nº 11.079/2004, Lei nº 8.987/95 (artigos 21, 23, 25, 27 a 39) e Lei nº 9.074/95 (artigo 31), enquanto que o segundo se submete à Lei nº 8.666/93.

A modalidade de PPP apresenta como peculiaridades: (a) valor mínimo de investimento do particular não inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); (b) a contraprestação é paga integralmente pelo poder concedente, após a disponibilização do serviço, com exceção dos aportes previstos no art. 6º, § 2º; (c) o prazo contratual mais longo, variando no de período de 5 a 35 anos; (d) é vedado o objeto apenas de fornecimento de mão-de-obra e/ou equipamentos ou a execução de obra pública, sendo que tais atividades devem estar diretamente relacionadas com os serviços que serão prestados pelo particular; (e) prestação de garantias pela Administração Pública; (f) gerenciamento de riscos; (g) permissão de financiamento; (h) flexibilidade para a execução dos serviços; etc.

No que tange à natureza dos módulos concessionários, identifica-se o objetivo de atribuir ao concessionário a gestão do serviço e um nível de colaboração maior entre o Poder Público e o parceiro privado, por isso a importância da participação privada no arranjo contratual (consensualidade). Já nos contratos típicos de prestação de serviço, a gestão se mantém na Administração Pública, mantendo-se o particular como mero executor de tarefas administrativas (MONTEIRO, 2010, p. 179-180). Assim, são lógicas contrastantes que impulsionam a opção por uma ou outra modalidade contratual.

Nas palavras de Vera Monteiro (2010, p. 180-181),

(...) a concessão administrativa é uma espécie do gênero “concessão” porque os *mecanismos* que a legislação lhe atribuiu promovem um ambiente contratual (“relação de colaboração primária”, na expressão de Pedro Gonçalves) propício para viabilizar a realização de investimentos privados na consecução de fins públicos.

O que diferencia a concessão da prestação de serviço não é uma análise isolada de seu objeto, da forma de remuneração do privado ou dos riscos envolvidos, mas a forma como eles são combinados na relação contratual para viabilizar, junto com outros mecanismos aptos para compor o melhor arranjo contratual no caso concreto, a realização de investimento privado na consecução de atividades públicas.

Dessa forma, não há somente um modelo de concessão; percebe-se que o regime jurídico aplicável à concessão pode se alterar conforme a espécie contratual, mas a finalidade deste tipo de ajuste como o gênero concessão é sempre mantida “de viabilizar a realização de investimentos significativos para a disponibilização de bens e serviços à sociedade” (MONTEIRO, 2010, p. 176)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ “(...) não são aceitáveis leituras excessivamente formalistas e reducionistas do instituto da concessão, porque hábeis a limitar os meios de satisfação das necessidades coletivas subjacentes à realização do serviço público.

Portanto, a concessão administrativa é espécie do gênero dos módulos concessionários. Ademais, também pode ser conceituada como contrato administrativo, por ser acordo de vontade entre a Administração Pública e outra parte (parceiro privado), que cria uma situação jurídica (vínculo contratual entre concedente e concessionário) e que apresenta a incidência do regime de direito público (prerrogativas de ações unilaterais pela Administração), conforme os seus marcos legais, a Lei nº 11.079/2004, a Lei nº 8.987/95 (artigos 21, 23, 25, 27 a 39) e a Lei nº 9.074/95 (artigo 31).

Assim, a concessão administrativa está inclusa na definição de “contrato de direito público” prevista no artigo 199, § 1º da Constituição Federal, por se tratar de ajuste de vontade entre o Poder Público e um particular, submetido ao regime jurídico publicista na intensidade de suas previsões legais.

Ressalta-se que o texto constitucional não definiu uma forma única ou um regime jurídico singular do Estado prestar serviços públicos de saúde à coletividade. Logo, a legislador tem ampla discricionariedade, desde que respeitadas as diretrizes do SUS, para estabelecer as modalidades contratuais a serem utilizadas pela Administração Pública (MONTEIRO, 2010, p. 173).

Por isso, esta modalidade de PPP se apresenta como mais uma ferramenta para a persecução do objetivo do processo de publicização dos serviços públicos de saúde, subordinando o setor privado às diretrizes e às políticas públicas do SUS, viabilizando o controle e a fiscalização por parte da Administração Pública e da população.

Além de se mostrar como instrumento para a máxima efetividade do direito à saúde em hipóteses concretas, permitindo a realização de altos investimentos privados em infraestruturas e projetos públicos, que é a principal finalidade do gênero concessões.

6.1.3 Preferência constitucional pelas entidades sem fins lucrativos

É indiscutível que a Constituição Federal estabeleceu a preferência pelas entidades sem fins lucrativos no âmbito da participação privada complementar ao SUS. Porém, esta preferência deve ser vista com algumas ressalvas.

Também por essa razão – que se poderia dizer extraída de uma interpretação teleológica do texto constitucional – recusa-se a leitura reducionista da concessão” (GUIMARÃES, 2014, p. 62).

Conforme já visto, o setor dos serviços públicos de saúde, antes da contratualização imposta pela Magna Carta, sofria a captura pelos interesses particulares dos agentes que nele atuavam, em razão da falta de regulamentação e de políticas públicas.

A publicização dos serviços públicos de saúde buscou o afastamento dos interesses privados, por meio da contratualização, com a introdução de diretrizes do SUS e de políticas públicas.

Porém, por muito tempo a regra constitucional de contratualização foi desrespeitada, e não só ela. Em muitos casos se observou a continuidade das relações público-privadas no setor da saúde nos mesmos moldes daqueles anteriores à Constituição de 1988 e da estruturação do SUS. Ou seja, relações sem o devido planejamento por parte dos gestores públicos, com a prevalência, em muitos casos, dos interesses privados.

Em complementação a esta conjuntura, verifica-se a formação dos conceitos dos convênios, utilizados especialmente com o terceiro setor, bem como os posteriores contratos administrativos que surgiram (contrato de gestão, termo de parceria, etc).

As entidades paraestatais, pela sua constituição exigir a ausência de finalidade lucrativa, foram vistas como parceiros que almejam o fim comum ao objetivo do Estado. O que em muitos casos realmente é verificável.

Entretanto, estas organizações que integram o terceiro setor apresentam sim interesses privados, contrastantes com o interesse coletivo. Inclusive, há hipóteses de utilização de tais entidades com o intuito de fraude.

Dessa forma, algumas entidades sem fins lucrativos, sob o manto da filantropia e das regras de contratação que lhe são peculiares (dispensa de licitação, ausência de concorrência, etc.), foram capturadas pelos interesses egoísticos e não coletivos, configurando claros abusos.

Assim sendo, não se nega a preferência constitucional pelas entidades paraestatais, porém, ainda que não regulamentadas pela Lei Geral de Contratos (Lei nº 8.666/93), há que se aplicar um regime jurídico peculiar a estes casos que viabilize a garantia da impessoalidade, da moralidade e do interesse público.

Foi o que aparentemente a Lei nº 13.019/2014 tentou instituir, porém as parcerias com o terceiro setor no âmbito da saúde complementar foram excluídas da abrangência do texto normativo pelas alterações introduzidas por meio da Lei nº 13.204/2015.

Há que se observar que os serviços públicos de saúde apresentam peculiaridades em relação aos demais setores. Porém, estas especificidades não podem servir de argumentação para permitir a perpetuação da captura do sistema, com diversas fraudes.

Nesse sentido, pode-se excluir o setor de saúde da referida norma, mas tem que ser criado um regime jurídico próprio para as parcerias entre a Administração e as entidades sem fins lucrativos que garanta os princípios da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da eficiência e da primazia do interesse público. Este regime jurídico deve incluir regras básicas, com as devidas simplificações para estes casos, de licitação, como é o caso do chamamento público previsto na Lei nº 13.019/2014.

Portanto, não há aqui a defesa de que estas parcerias devam se sujeitar ao regime da Lei nº 8.666/93. O que não exclui a necessidade de um procedimento simplificado para garantir a busca do interesse público, com o afastamento da captura dos interesses privados neste setor.

O que se pretende demonstrar é uma visão crítica sobre o tema. O preconceito em relação à utilização da concessão administrativa nos serviços sociais, baseado na argumentação de que se trata de um particular, que visa lucros, interesses egoísticos, próprios dos agentes econômicos, pode ser utilizado também no que tange as parcerias com o terceiro setor.

Assim, a prevalência do interesse público não depende de qual tipo de entidade (com ou sem fins lucrativos) que integrará as parcerias no âmbito da saúde complementar, mas sim da criação de um regime jurídico apropriado, com a devida regulamentação e fiscalização por parte do Poder Público. O que impõe aos gestores públicos, especialmente municipais, a consciência de que a realização de tais parcerias de forma alguma exime a Administração da responsabilidade pelos serviços públicos de saúde. Ao contrário, determina a ampliação deste dever e a devida inspeção das mais variadas formas de contratação.

Por fim, a preferência pelas entidades sem fins lucrativos deve ser sopesada com os demais princípios constitucionais como o da eficiência e o da primazia do interesse público, isto é, a predileção pelas organizações filantrópicas não é um preceito absoluto, ele deve ser contextualizado com base em uma hermenêutica holística da Constituição Federal.

O que significa, por exemplo, que diante de uma contratação mais eficiente (obtenção dos mesmos fins com o menor dispêndio de recursos) com entidade com fins lucrativos e de uma mais ineficiente com entidade sem fins lucrativos, deve-se privilegiar a primeira opção.

Dessa forma, a crítica geralmente levantada consistente na dificuldade de acomodação entre os interesses particulares de obtenção de lucro com a natureza dos serviços públicos de saúde ligada aos direitos fundamentais é desmitificada, pois torna-se claro o

pressuposto ideológico em tal argumentação. Isto porque se o ajuste com entidades com fins lucrativos for mais eficiente, o que impõe a utilização de meios menos onerosos para atingir os mesmos fins, não há interesse público em vedar o lucro em si.

Sendo o interesse coletivo efetivado de forma eficiente, basta para a análise do gestor público e para a consagração dos direitos fundamentais, no caso, o direito à saúde. Logo, considerando que o interesse público é a máxima efetivação do direito fundamental à saúde, o que pressupõe que as despesas sejam efetivadas de forma eficiente, já que os recursos financeiros e materiais são finitos e as necessidades de saúde são infinitas, a prestação mais eficiente será a que melhor se concilia com este fim.

Cabe destacar que não há aqui posição que defenda que a prestação por particulares, sejam eles com ou sem fins lucrativos, será mais eficiente. Entende-se que a opção de escolha dependerá de cada caso concreto e com estudos específicos para tanto, que extrapolam e muito ao presente estudo. A generalização não é adequada. Porém, se quer afastar o entendimento de que a contratação com fins lucrativos é sempre prejudicial ao interesse público, pois obviamente fundado em propagação ideológica.

Assim sendo, objetivando a consagração da máxima efetividade do direito à saúde, a concessão administrativa é um modelo contratual que atravessa o filtro constitucional com êxito, podendo ser firmado com particulares para a prestação de serviços públicos de saúde, sempre que o gestor público considerar, motivadamente, como a alternativa mais eficiente, conveniente e oportuna.

6.2 A conveniência da concessão administrativa para a participação privada complementar ao SUS

Conforme amplamente discorrido, a concessão administrativa é opção constitucional para a contratação do setor privado de forma complementar ao SUS. O outro aspecto relevante a ser analisado, inclusive uma exigência legal (art. 10, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 11.079/2004), é a conveniência e a oportunidade deste mecanismo, que deverão ser expressas pela autoridade competente em conjunto com as razões.

6.2.1 Conveniência da concessão administrativa no que tange ao seu regime jurídico

A conveniência da utilização da concessão administrativa pode ser analisada, em um primeiro momento, apurando-se os aspectos de seu regime jurídico, que são benéficos às parcerias entre a esfera pública e a privada nos serviços públicos de saúde, em comparação com os demais modelos contratuais existentes.

6.2.1.1 Comparação com o regime jurídico da Lei nº 8.666/93

A Lei nº 8.666/93, considerada o novo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, foi elaborada voltada para a maior preocupação em seu contexto histórico, as empreitadas de obra pública, sendo anterior à utilização dos instrumentos das “parcerias” entre o setor público e o privado. Por isso, o regime jurídico nela estabelecido era baseado em um procedimento rígido, com regras objetivas de julgamento (geralmente, menor preço), a exigência de previsão prévia de todos os detalhes contratuais e a proibição de financiamento pelo contratado (SUNDFELD, 2011, p. 22).

Esta norma se mostrou inadequada aos contratos de parceria, inicialmente, porque a finalidade da parceria é selecionar a entidade privada que melhor atenda ao interesse público na prestação dos serviços, e não necessariamente a proposta de menor valor.

As parcerias têm por objetivo, em sua maioria, a transferência da gestão dos serviços, o que exige maior flexibilidade quanto aos meios utilizados pelo ente privado. A previsão antecedente de todos os detalhes contratuais, apresenta-se como um problema para este escopo.

Por fim, considera-se o principal propósito dos módulos concessionários viabilizar altos investimentos nos projetos e nas infraestruturas públicas. Assim, seria contraditório não permitir o financiamento pelos entes privados para tanto, o que é proibido pela Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, a Lei Geral de Contratos da Administração Pública não se mostra como mecanismo apto à realização de parcerias com o setor privado nos serviços públicos de saúde, no sentido de transferência da gestão destes serviços ao particular.

6.2.1.2 Comparação entre a concessão administrativa e a concessão comum

A Lei das Parcerias Público-Privadas foi editada para aperfeiçoar os modelos contratuais já existentes, em relação à concessão comum, observa-se maior possibilidade negociação e flexibilidade, permitindo gerenciamento dos riscos, prazos maiores para a amortização dos investimentos e uma política de remuneração diferenciada ao concessionário. Assim, a concessão administrativa tornou possível a parceria para serviços públicos que não são passíveis de individualização ou são gratuitos por sua natureza, o que inviabilizaria a cobrança de tarifas como forma de remuneração, assim como a ampliação do emprego do instituto da concessão para serviços administrativos em geral.

Outro fator importante deste novo regime jurídico foi a criação de um sistema adequado de garantias, o qual protege o parceiro privado de eventual inadimplemento por parte do Poder Público, diminuindo a insegurança e a desconfiança quanto à estabilidade do Governo, racionalizando os custos de transação.

Portanto, partindo-se do pressuposto de que há o princípio constitucional da gratuidade nos serviços públicos de saúde, a concessão administrativa é a modalidade de parceria que se mostra adequada para a contratação de particulares em atuação complementar ao SUS, em especial para a transferência dos serviços clínicos e de apoio, além do investimento privado nas políticas públicas de saúde.

Não só por isso, mas também esta modalidade de PPP apresenta todas as vantagens inseridas no regime jurídico da Lei nº 11.079/2004, o qual tem um nítido objetivo de criar “compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo” (SUNDFELD, 2011, p. 25), originando contexto favorável para a atração de grandes investimentos privados.

6.2.1.3 Malefícios a serem evitados

A finalidade central do regime jurídico das PPPs de ser um ajuste para altos investimentos privados, o que determina prazos longos para a amortização, impõe a adoção de critérios para impedir o “*comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros*”, seja pela assunção de compromissos impagáveis, seja pela escolha de projetos não prioritários” (SUNDFELD, 2011, p. 26-27), com relevância para a concessão administrativa,

na qual a contraprestação é paga inteiramente pelo poder concedente, e para o setor de saúde, que incluindo ou não os serviços clínicos, apresenta contratos de grandes custos.

Há várias normas que visam à responsabilidade fiscal na assunção de compromisso financeiros, tais como o art. 167 da Constituição Federal, a Lei nº 4.320/64, a Lei Complementar nº 101/2000. Ainda, a Lei nº 11.079/2004 reafirmou estas condições em seus artigos 4º, IV e 10, além de criar limites próprios nos artigos 22 e 28.

O regime jurídico das PPPs prevê, dentre outras medidas, a elaboração de estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, a não afetação das metas e resultados fiscais previstos no anexo integrante do projeto da lei de diretrizes orçamentárias (Lei Complementar nº 101/2000, art. 4º, § 1º), a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro, declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual, estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento do contrato, previsão do objeto contratual no plano plurianual e submissão da minuta do edital e de contrato à consulta pública.

Os contratos de concessão administrativa são longos e complexos, que demandam estudos prévios e responsabilidade do gestor público quando da sua realização, evitando-se “*contratações de longo prazo mal-planejadas e estruturadas*” (SUNDFELD, 2011, p. 27).

Pode-se citar o risco do “*abuso populista no patrocínio estatal das concessões*” (SUNDFELD, 2011, p. 27), o qual pode ser vislumbrado nas prestações de serviços públicos de saúde em hipóteses que governantes populistas utilizem a concessão administrativa para resolver todos os problemas do setor, criando projetos de alto padrão de qualidade (muito superior aos serviços prestados diretamente) aos concessionários sem que a viabilidade dos custos advindos seja devidamente verificada ou que se elabore contratos nos quais são necessários constantes aportes em razão da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, o risco de “*desvio no uso da concessão administrativa*”, o qual impõe que a lógica contratual seja atendida, no sentido desta modalidade de PPP ser utilizada para a sua finalidade primordial que é o financiamento privado de infraestruturas públicas ou a transferência da gestão de serviços complexos que envolvam grandes investimentos e planejamento do parceiro privado nessa estrutura organizacional. Afastando-se a possibilidade do uso da concessão administrativa apenas para serviços de limpeza ou vigilância, por exemplo, o que pode ser realizado pela Lei nº 8.666/93 sem a complexidade e os períodos do regime das parcerias público-privadas.

Dessa forma, percebe-se que é possível a realização de uma concessão administrativa quanto aos serviços de apoio aos clínicos, nas hipóteses em que o parceiro também realizou investimentos na infraestrutura dos serviços a serem prestados.

Por isso, apura-se que o momento de planejamento e da elaboração do contrato são relevantíssimos para afastar os riscos acima expostos, especialmente obrigações posteriores impagáveis ou altos investimentos em projetos não prioritários, prejudicando a execução daqueles que são essenciais.

6.2.2 Conveniência da concessão administrativa no plano prático

O primeiro ponto para o desenvolvimento de uma concessão administrativa é o poder concedente definir claramente suas políticas públicas prioritárias no setor da saúde. Isto significa que, inicialmente, o gestor público tem que verificar diversos fatores, com o auxílio ou não de estudos de consultores externos, dentre eles, a demanda, as falhas presentes no sistema de saúde, as necessidades da população, a capacidade existente, os objetivos e as metas, sempre levando em consideração as diretrizes setoriais estabelecidas como fundamentais. A fase de planejamento, em razão da complexidade do contrato e do setor de saúde, apresenta custo alto que deve ser contabilizado para a escolha desta modalidade contratual.

A partir de conclusões extraídas de análise profunda e conjunta das políticas públicas, do sistema de saúde e das peculiaridades locais, a Administração deve expor aquilo que deseja contratar, de forma translúcida e especificada, aos entes privados que desejam participar do procedimento licitatório. Conforme se verifica da pesquisa realizada por Mariana Carrera (2014, p. 149), muitas vezes esta etapa inicial não é bem concebida pelo gestor e gera complicações, ainda maiores, quando da celebração da concessão administrativa:

Alguns entrevistados apontaram que, na maioria das vezes em que o Estado solicita contratação via PMI, não sabe o que deseja contratar: “*eles divulgam que vão realizar uma PPP para construção e gestão de um determinado hospital e não especificam nada mais sobre o projeto. Simplesmente porque não sabem*”. Com isso, os projetos desenvolvidos pelos potenciais parceiros privados interessados acabam por ser bem diferentes uns dos outros, dificultando sua análise e seleção. Isso pôde ser verificado em alguns projetos estudados, que estão há bastante tempo em fase de análise pelo poder público.

A falta de planejamento é problema amplamente verificável nos serviços públicos de saúde, independentemente da forma de prestação (direta ou indireta), o que se apresenta como uma das principais causas de dispêndio de verbas públicas de forma ineficiente. Por isso, o estabelecimento das políticas públicas, a apuração das carências e a delimitação dos alvos a serem atingidos são requisitos primordiais para que qualquer forma de prestação dos serviços de saúde seja eficiente.

O estudo inicial de constatação de pré-viabilidade pode ser efetivado pelo Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), regulamentado pelo Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015, com a participação de consultores externos, ou de forma exclusiva pelo Estado. A constituição do projeto de PPP somente pela equipe do Poder Público depende de um conhecimento na realização de editais e contratos complexos e de longo prazo, além da habilidade de verificar todos os critérios já apresentados. Caso contrário, a opção por consultores externos é uma alternativa (CARRERA, 2014, p. 150). Deve também ser verificada a factibilidade financeira do poder concedente do projeto que pretende realizar.

O segundo passo é verificar “a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada” (BRASIL, 2004), com base em estudos de análise do *Value for Money* qualitativo e quantitativo. Basicamente, a metodologia quantitativa se opera da comparação entre o Projeto Privado de Referência (PPR) como o Projeto Público de Comparação (PPC) (CARRERA, 2014, p. 150), isto é, apura-se os valores estimados dos gastos para prestação direta na situação concreta e os confrontam com aqueles valores estimados para a prestação por meio das PPPs. Ainda, o montante apurado no Projeto Público de Comparação, geralmente, torna-se o limite máximo para os contratos de concessão administrativa.

Porém, há dois grandes problemas para a realização destes estudos quantitativos, o primeiro é a ausência de parâmetro público correto, em razão da falta de transparência e de dados imprecisos e equivocados fornecidos pelas instituições públicas com seus gastos na área da saúde¹⁰⁹. O outro se relaciona com a comparação entre os custos da prestação direta (pública) com a prestação indireta (privada), sem considerar o ajuste por qualidade, pois, muitas vezes, as exigências estabelecidas no edital irão acarretar aumento de

¹⁰⁹ (...) não existe, na maioria dos casos, um parâmetro público confiável. Um consultor entrevistado relatou que “se perguntar na secretaria de saúde de qualquer estado ou município quanto custa o hospital que é gerido diretamente pelo poder público ou por uma autarquia, eles não sabem”. Acrescenta dizendo que, na maioria das vezes, “eles informam um valor, mas, se você fizer qualquer investigação mínima para ver se esse número está correto, vai verificar uma série de distorções”. (CARRERA, 2014, p. 152)

custos na operação privada, sendo que tais requisitos não estão presentes na operação pública (CARRERA, 2014, p. 152-153).

Assim sendo, nas hipóteses de atributos distintos entre a prestação dos serviços públicos de forma direta e indireta, o valor máximo de contraprestação deve ser estabelecido com base na qualidade e nas características dos serviços contratados, em valores compatíveis com o mercado, derivando de estudo qualitativo. Neste ponto, cabe ressaltar que a concessão administrativa não pode ser vista como solução para todos os problemas dos serviços públicos de saúde, já que a remuneração será paga pelo poder concedente, devendo estar dentro da viabilidade financeira do ente público¹¹⁰.

A partir da conclusão de que a concessão administrativa é conveniente e oportuna ao caso concreto, passa-se para a fase de elaboração do instrumento contratual. Uma das grandes inovações da Lei nº 11.079/2004 foi a de dar maior flexibilidade às contratações, mostrando-se uma saída para os regimes jurídicos rígidos das principais leis anteriores (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 8.666/93). Esta maleabilidade foi prevista para o compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado.

Dessa forma, os riscos podem ser compartilhados de forma mais apropriada, isto é, são alocados à parte que pode melhor controlá-los ou absorvê-los, o que reduz o valor cobrado pela assunção do gerenciamento do risco, diminuindo também o custo da contratação. Estima-se que no Reino Unido, por meio da alocação de riscos eficientes com a instituição das *PFI/PPP*, houve economia em 60% dos gastos (PINTO, 2006, p. 159). Entretanto, por inviabilidade fática, não é possível exaurir a previsão de todas as possibilidades, especialmente no setor da saúde, no qual o risco da demanda é fator de preocupação, com ênfase para a modalidade “bata branca”, que inclui os serviços clínicos.

Outra questão relevante é a previsão contratual das garantias das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada (art. 8º), o que faz diminuir a desconfiança do setor privado em relação às instabilidades governamentais, pois há garantias que serão utilizados no caso de inadimplemento por parte do

¹¹⁰ Na definição dos objetivos, é fundamental conciliá-los com a viabilidade de investimento do setor público (custo aprovado para o projeto). Um entrevistado, que participou da elaboração de dois projetos estudados, explicou o que acontece na maioria das vezes: *“esses projetos de PPP são quase que máquina de sonhos, são caixas de Pandora”*. Primeiro o gestor público resiste a fazer, porque é estatização, privatização, etc. Quando toma a iniciativa, precisa demonstrar para a população e para os demais *stakeholders* que o projeto vai prover toda a infraestrutura necessária para a assistência à saúde: *“os estudos técnicos começam sempre com um mundo de sonhos, como resolver todos os problemas que temos na prestação daquele serviço”*. Então, na elaboração do edital, todos começam a incluir exigências e nível de qualidade elevado. É evidente que esse nível de qualidade e de infraestrutura vai custar mais caro que a forma ordinária e tradicional de se prestar serviço público de saúde no Brasil: *“no momento em que começa a calcular o preço, não cabe no orçamento”* (CARRERA, 2013, p. 156).

poder concedente. A maior segurança e credibilidade nas parcerias também é fator de redução de custos.

É de suma importância a definição adequada dos critérios objetivos necessários à fiscalização e ao controle, para a realização do acompanhamento do desempenho e da qualidade dos serviços, o que é especialmente mais complexo quando há a transferência dos serviços clínicos ao parceiro privado. O Hospital do Subúrbio de Salvador, o qual se enquadra no conceito de “bata branca”, estabeleceu como critérios: auditoria operacional, desempenho de atenção, qualidade de atenção, gestão da clínica, inserção no sistema de saúde, gestão das pessoas, controle social, humanização¹¹¹ (CARRERA, 2014, p. 159-160). Ademais, também é indispensável a vinculação da remuneração ao cumprimento de metas e padrões de desempenho, permitindo direcionamentos durante a execução contratual.

Ainda, o estabelecimento de requisitos elevados de capacidade do parceiro privado é essencial para a seleção de entidade capaz de adimplir de maneira apropriada o complexo contrato de concessão administrativa.

Portanto, o desenvolvimento do projeto e do instrumento contratual de concessão administrativa é extremamente complicado, exigindo dos gestores públicos um comprometimento com a técnica, o profissionalismo e todas as cautelas supramencionadas que requer esta modalidade de PPP.

¹¹¹ “● Auditoria operacional (existência de: comissão de avaliação de prontuário; comissão de avaliação e revisão de óbitos; comissão de controle de infecção hospitalar; comitê de fármaco-vigilância; comissão intra-hospitalar de doação de órgãos, tecidos e transplantes; e comissão interna de prevenção de acidentes de trabalho)

● Desempenho da atenção (indicadores: intervalo de substituição; índice de renovação; índice de resolubilidade; taxa de atendimentos de usuários em regime de não urgência/emergência; intervalo de tempo para realização de cirurgia de emergência; e taxa de reingresso na UTI adulto durante a mesma internação)

● Qualidade da atenção (indicadores: densidade global de infecção hospitalar; densidade de infecção hospitalar associada a cateter venoso central na UTI adulto; taxa de mortalidade institucional; taxa de mortalidade operatória; taxa de mortalidade por infarto agudo do miocárdio; taxa de mortalidade por acidente vascular cerebral; taxa de mortalidade de pacientes com sepse; e taxa de ocorrência de úlcera de decúbito)

● Gestão da clínica (evidência: implantar protocolos clínicos para as patologias mais prevalentes em urgência e emergência)

● Inserção no sistema de saúde (indicadores: taxa de atendimento aos usuários encaminhados pelo complexo regulador; e garantia de continuidade da atenção)

● Gestão das pessoas (indicadores: percentual de médicos com título de especialista; relação enfermeiro/leito; índice de atividades de educação permanente; e taxa de acidente de trabalho)

● Controle social (prover meios de escuta dos usuários; e avaliação da satisfação do usuário)

● Humanização (evidências: implantar e manter grupo de trabalho em humanização para viabilizar as diretrizes do programa HUMANIZASUS)” (CARRERA, 2014, p. 159-160).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS E RESULTADOS

As perguntas que motivaram a elaboração deste trabalho foram: a aplicação da concessão administrativa para a contratação dos entes privados de forma complementar ao SUS é constitucional? Sendo constitucional, ela é conveniente, no plano teórico, para a maximizar a efetivação do direito à saúde?

Assim, a hipótese do trabalho era a constitucionalidade do contrato de concessão administrativa aplicado aos particulares que atuam complementarmente aos serviços públicos de saúde, tornando-se mais uma ferramenta conveniente disponível ao gestor público para a efetivação do direito à saúde, conforme o caso concreto.

Para verificar sua validade foi necessário realizar uma pesquisa ampla quanto ao sistema público de saúde e as variadas formas de participação privada. O trabalho foi dividido em seis capítulos.

A pesquisa foi iniciada com a Introdução, na qual se buscou delinear as transformações na concepção de Estado e de suas funções até o momento atual, destacando-se os novos papéis da Administração Pública, em âmbito mundial, baseados na regulação e fomento, com os respectivos reflexos no campo do direito administrativo e na evolução de seus institutos, em especial, aqueles relacionados com o aumento das parcerias entre o Poder Público e a esfera privada, tendo em vista a diminuição da intervenção estatal direta nas atividades econômicas e sociais.

Em seguida, analisou-se a repercussão do modelo gerencial de Administração Pública, com a redução do aparelhamento público, nos sistemas mundiais de saúde. Foi observado que a busca pela gestão eficiente dos serviços de saúde, além do crescente aumento dos custos deste setor, ocasionou em diversos países a adoção de parcerias público-privadas (em sentido amplo), sendo que o dever de financiamento e a responsabilidade pelo direito à saúde continuaram a cargo do Estado que apenas transferiu a execução destes serviços para entes privados, em um controle baseado em metas e resultados (*modelo contratual público*).

Ainda na fase introdutória, foi realizado breve exame sobre o histórico do sistema de saúde brasileiro. Foi possível constatar grande marco divisório com a Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu o Sistema Único de Saúde – SUS e determinou o direito fundamental à saúde com acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos de saúde, já que o sistema anterior era contributivo e, portanto, excludente.

Ademais, apurou-se diversos problemas na forma da atuação de entes privados nos serviços de saúde no modelo que antecede o constitucional, em razão da ausência de políticas e diretrizes públicas, falta de controle e fiscalização e mecanismos precários de contratação. Por isso, a Constituição Federal, reconhecendo a importância da participação privada, a qual foi mantida, introduziu o fenômeno da contratualização e da publicização dos serviços públicos de saúde para sanar os desvios supramencionados.

No Capítulo 2 foi realizado o mapeamento do direito à saúde, conceituando o bem jurídico “saúde”, distinguindo as expressões “atenção à saúde” e “assistência à saúde”, reconhecendo a fundamentalidade material e formal deste direito e destacando os seus princípios constitucionais. Os serviços de saúde prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, foram classificados como “serviços públicos de saúde” para o presente estudo, o qual adota como premissa uma concepção ampla de serviço público.

Concluiu-se que a Constituição deve ser interpretada para conceder a máxima efetivação do direito saúde, afastando-se o ideal de um modelo único e engessado na prestação destes serviços, e que não existe no texto constitucional nenhuma obrigatoriedade da atuação direta do Poder Público, o que impõe um filtro às normas infraconstitucionais que dispuserem em sentido contrário.

Após, feita a constatação de duas vertentes do sistema de saúde brasileiro, o sistema público (SUS) e o sistema privado, conhecido por Saúde Suplementar, passou-se à distinção da participação privada complementar e suplementar, sendo efetivado o recorte do tema que trata da atuação privada complementar junto ao Sistema Único de Saúde.

A análise foi voltada para os serviços públicos de saúde, descrevendo-se o SUS e as suas principais diretrizes. As formas de prestação no sistema público foram esclarecidas, podendo o Estado atuar direta ou indiretamente, o que é previsto no texto constitucional, sem que haja a prevalência de nenhuma delas, cuja a escolha ficará a cargo de cada administrador público.

A referida constatação pautou a pesquisa executada no Capítulo 3, no qual se buscou delimitar as formas de parcerias entre os setores público e privado na saúde complementar estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Foi retomado a importância sobre o processo de contratualização imposto constitucionalmente e os seus reflexos práticos, sendo possível verificar que atualmente as contratações de 100% dos prestadores privados dos serviços públicos de saúde foram devidamente formalizadas¹¹².

¹¹² Dados do CNES de 6 de julho de 2016.

Foram analisadas as duas parcerias previstas “convênio” e “contrato de direito público”, a doutrina clássica que as distingue e a contextualização histórica da edição do texto constitucional, concluindo-se pela necessidade de se evitar o ajuste dos convênios, em razão dos problemas na regulamentação e nas diversas inseguranças jurídicas que permeiam o tema. Ademais, adotou-se um conceito de contratos administrativos que abrange inclusive os convênios como uma das espécies, negando-se o critério adotado pela doutrina clássica.

No Capítulo 4, a pesquisa rumou para as novas parcerias nos serviços públicos de saúde, em modelos contratuais previstos em leis posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, incluídos no contexto de remodelação da Administração Pública e de inovações e desenvolvimento dos institutos jurídicos. Concluiu-se pela adequação do contrato de gestão com as organizações sociais (Lei nº 9.637/98) e da concessão administrativa (Lei nº 11.079/2004) como instrumentos hábeis para a transferência aos particulares da gerência dos serviços públicos de saúde.

O Capítulo 5 teve como objetivo principal detalhar a concessão administrativa, iniciando-se pela síntese histórica das concessões no Brasil. Após, definiu-se a concessão gênero e as suas espécies, dentre as quais se encontra a concessão administrativa. Na sequência, foi realizada a análise dos regimes jurídicos das concessões translativas, ressaltando os aspectos peculiares da concessão administrativa que a tornam uma ferramenta conveniente para ser utilizada pelo administrador público nas contratações de parceiros privados de forma complementar ao SUS.

Identificada a conveniência da aplicação da concessão administrativa, apurou-se as possibilidades da utilização deste instituto, o qual pode servir tanto para a transferência dos serviços clínicos (atividade fim), assim como para a delegação dos serviços de apoio (atividade meio), no último caso, desde que precedido de altos investimentos privados nas infraestruturas e nos projetos públicos.

Também se destacou a possibilidade de conciliar a gestão associada dos serviços públicos de saúde e a concessão administrativa, especialmente para os consórcios intermunicipais de saúde que podem contratar particulares de forma complementar ao SUS mediante esta modalidade de parceria público-privada para a implementação de políticas públicas compartilhadas.

Por fim, o Capítulo 6 traz o cerne do trabalho. Ele foi estruturado para responder às duas perguntas centrais da pesquisa, quais sejam, saber se a aplicação da concessão administrativa para a contratação dos entes privados de forma complementar ao SUS é constitucional e, sendo constitucional, descobrir se ela é conveniente para a maximizar a

efetivação do direito à saúde. Todos os capítulos anteriores e suas respectivas constatações serviram de base para respondê-las.

Quanto à constitucionalidade da concessão administrativa nos serviços públicos de saúde conclui-se positivamente. Primeiro, o termo “complementar” do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal deve ser entendido como a previsão da participação privada de forma complementar a todo o Sistema Único de Saúde, o que inclui as ações indelegáveis aos particulares. Assim, a assistência à saúde, que se refere aos serviços de saúde prestados diretamente às pessoas, pode ser efetivada de forma integralmente direta, integralmente indireta ou de forma híbrida, não havendo qualquer limitação constitucional.

Segundo, a expressão “contrato de direito público”, presente no dispositivo supramencionado em seu sentido amplo, significa o ajuste que apresenta regime jurídico de direito público, já que se insere no contexto de contratualização instituído pela Magna Carta, com o objetivo de submeter os particulares às políticas públicas e às diretrizes do SUS, facilitando o controle e a fiscalização pelo Poder Público e pela sociedade.

Com base na teoria do contrato administrativo discorrida no Capítulo 3, a concessão administrativa é espécie de contrato administrativo, por subordinar-se às regras de direito público conforme determina seu regime jurídico. Portanto, a concessão administrativa se enquadra na definição de “contrato de direito público” estabelecida pela Constituição Federal.

Terceiro, a preferência constitucional pelas entidades sem fins lucrativos não deve ser vista de forma absoluta, pois há a necessidade de se observar outros princípios constitucionais, tais como o da eficiência (artigo 37, *caput*).

Logo, diante da hipótese concreta, caso a concessão administrativa se mostre mais eficiente do que outros ajustes com o terceiro setor na prestação dos serviços públicos de saúde, o administrador público deve escolher a primeira opção, pois assim se estará dando a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde.

Tal conclusão parte de três pressupostos relevantes: (a) não existe um interesse público em vedar o lucro por si só, apenas quando este se mostra prejudicial ao interesse coletivo; (b) considerando que o interesse público é a máxima efetivação do direito fundamental à saúde, o que pressupõe que as despesas sejam realizadas de forma eficiente, já que os recursos financeiros e materiais são finitos e as necessidades de saúde são infinitas, a prestação mais eficiente será a que melhor atende esta finalidade; (c) desmistificar o preconceito ideológico que está incluso em eventuais discursos que tentam demonstrar a incompatibilidade

da prestação de serviços sociais por particulares, com o singelo argumento da busca por estes últimos de lucro.

No que tange ao segundo problema deste estudo, que se refere à conveniência, no plano teórico, da concessão administrativa para a contratação da participação privada complementar ao SUS, a conclusão também é positiva.

O regime jurídico desta modalidade de parceria público-privada se mostrou apto e adequado para transferir a gerência dos serviços públicos de saúde aos particulares, tanto os classificados “bata branca” quanto aqueles designados “bata cinza”. É um contrato que viabiliza altos investimentos privados nas infraestruturas e projetos públicos, apresenta maior flexibilidade quanto aos meios utilizados pelo parceiro privado, gerenciamento dos riscos, prazos maiores para a amortização dos investimentos, sistema adequado de garantias ao parceiro privado e ao financiador e forma de remuneração peculiar que é paga basicamente pelo poder concedente, sem a cobrança de tarifas, tornando possível a concessão para os serviços gratuitos.

No plano prático, o contrato de concessão administrativa apresenta alta complexidade e a conveniência deverá ser analisada pelo gestor público, mediante estudos técnicos, no caso concreto.

7.1 Conclusão

Assim como qualquer instituto, a concessão administrativa deve evoluir ao longo do tempo, visando corrigir eventuais falhas, lacunas e melhorar a sua aplicação. Por isso, é de suma importância que os estudiosos, gestores públicos e a população realizem pesquisas e controle para que este instrumento de participação privada se apresente como meio de ampliação da eficiência, afastando-se abusos, fraudes e a própria ineficiência.

Conforme foi possível se extrair do presente estudo, a aplicação da concessão administrativa para a contratação privada complementar ao Sistema Único de Saúde é constitucional, pois expressamente prevista no texto da Constituição, enquadrando-se em todos os preceitos previstos no art. 199, § 1º.

Os argumentos de “terceirização ilícita” dos serviços públicos de saúde e da “fuga” do regime jurídico de direito público devem ser afastados, consoante amplamente

destacado. Primeiro, porque não existe o dever estatal de prestação direta dos serviços sociais, apenas há o dever de garantir a prestação mais eficiente aos cidadãos.

Ademais, o regime jurídico público não é um fim em si mesmo, as regras nele contidas tem por objetivo assegurar os princípios da Administração Pública, como a impessoalidade, a moralidade, a eficiência, a isonomia, a publicidade, entre outros. Dessa forma, se forem utilizados mecanismos que garantam a principiologia supramencionada nas contratações com as concessões administrativas, não há nenhum abuso com o afastamento do regime integralmente público.

Por exemplo, o concurso público tem como uma das finalidades a consagração do princípio da eficiência, no sentido de obter a colaboração privada mais vantajosa para o Poder Público, ou seja, escolher a pessoa mais capacitada para exercer a função pública. Assim, além do procedimento licitatório garantindo a escolha do parceiro privado mais adequado tanto de forma qualitativa como quantitativa, por meio da imposição de metas e do controle de resultados, o ente privado em sua gestão buscará ao máximo a contratação de pessoas mais capacitadas para exercer as atividades da forma mais eficiente, caso contrário arcará com sua má seleção.

Também, em alguns casos, com enfoque para aqueles que necessitam de altos investimentos em infraestrutura, a utilização desta modalidade de PPP é mais conveniente e oportuna do que outras formas de prestação dos serviços públicos de saúde (direta ou indireta por meio de outros ajustes, como os contratos de gestão).

Porém, a implementação da concessão administrativa é extremamente complexa e o seu êxito depende da adoção de um procedimento cauteloso, desde o planejamento, a estruturação da parceria e do instrumento contratual, a escolha do ente privado mais apropriado, e da fiscalização e do controle na fase de execução.

Por isso, um dos pontos centrais é a observação dos projetos já implantados e em execução, preferencialmente, por meio de estudos empíricos conduzidos por equipes multidisciplinares, visando verificar as metas e os objetivos fixados no planejamento e os resultados práticos obtidos, com a finalidade de se apurar a eficiência, eventuais desvios e equívocos.

Dessa forma, é imprescindível a exigência de transparência de todos os dados referentes aos casos de realização da concessão administrativa na área da saúde e na evolução dos mecanismos de *accountability*. O primeiro projeto de concessão administrativa implantado no Brasil, o Hospital do Subúrbio de Salvador, o qual inclusive abrangeu a transferência dos serviços clínicos ao parceiro privado, na modalidade “bata branca”, tem

apresentado problemas na divulgação dos dados, especialmente quanto aos indicadores qualitativos, ausência de divulgação dos aportes financeiros extraordinários, não permitindo estudos conclusivos sobre o caso¹¹³.

A partir desta apuração, identificar o momento em que tais defeitos foram permitidos, se no planejamento, na elaboração contratual, nas previsões legais, na execução, na fiscalização e controle, etc., e buscar mecanismos de correção e desenvolvimento da concessão administrativa.

7.2 Sugestões para trabalhos futuros

Um estudo relevante para o desenvolvimento do instrumento da concessão administrativa aos serviços públicos de saúde é aquele baseado na pesquisa empírica sobre os projetos de concessão administrativa em andamento no âmbito da saúde. Assim, uma sugestão para trabalhos futuros é a realização de pesquisa empírica para verificar juridicamente como estão ocorrendo as implantações destes mecanismos de parceria público-privadas, como, por exemplo, um estudo de caso.

¹¹³ “O único projeto de PPP no setor saúde em funcionamento no Brasil em julho de 2014, indica que o Estado precisa evoluir na função de contratante e nos mecanismos de *accountability*: apesar dos indicadores do hospital estarem publicados no site da instituição, não é possível saber o tratamento dado ao eventual não cumprimento de metas; a verificação de contrato pela Secretaria da Saúde, principalmente dos indicadores qualitativos, está defasada devido à troca dos integrantes da comissão de acompanhamento do contrato; apesar dos termos aditivos estarem publicados no site da Secretaria da Fazenda do Estado, os aportes financeiros extras não foram divulgados; e a comunidade, por meio dos líderes comunitários, não faz parte de qualquer conselho administrativo ou comitê da instituição.

Projetos de PPP precisam ter transparência e devem ser monitorados, avaliados e controlados não apenas pelo [sic] gestores públicos, mas também pela população. Os documentos precisam ser disponibilizados, desde a fase de estudo dos projetos até o final do período de contratação. Os indicadores de desempenho e qualidade precisam ser publicados periodicamente, assim como as medidas tomadas pelo contratante em caso de descumprimento contratual” (CARRERA, 2014, p. 164-165).

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 406 p.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 405 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviços públicos. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 16, nov./dez./jan. 2009. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com> >. Acesso em: 21 jun. 2015. p. 1-50.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 824 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 862 p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 20 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 18 maio 1998.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 24 mar. 1999.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL, Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 1 ago. 2014.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **A reforma administrativa do sistema de saúde**. Brasília: MARE, 1998. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno13.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/Alternativas-de-Gerencia-de-Unidades-Publicas-de-Saude.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Indicadores de contratos e convênios**. Secretaria de Atenção à Saúde, 2016. Disponível em: <http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Contratos.asp?VEstado=&VMun=>. Acesso em: 06 jul. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistema. **Manual de orientações para contratação de serviços no Sistema Único de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2016.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão e Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde**. ARANHA, Márcio Iorio (Org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v.2. Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol2.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Presidente. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Plano Diretor/planodiretor.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Plano_Diretor/planodiretor.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2015.

BRASIL. Presidente. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 2.546, de 2003**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=144047>>. Acesso em: 05 maio 2016.

BRASIL. **Portaria nº 1.286, de 26 de outubro de 1993**. Dispõe sobre a explicitação de cláusulas necessárias nos contratos de prestação de serviços entre o Estado, o Distrito Federal e o Município e pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado de fins lucrativos, sem fins lucrativos ou filantrópicas participantes, complementarmente, do Sistema Único de Saúde. Brasília, 1993. Disponível em: <[http://www.mpgp.mp.br/portal/system/resources/W1siZiIsIjIwMTMvMDQvMjYvMTBfMDRfMTJfMTM4X1BvcnRhcmllhX25cdTAwYmFfMS4yODZfZGVfMjZfMTBfMTk5My5wZGYiXV0/Portaria nº 1.286 de 26_10_1993.pdf](http://www.mpgp.mp.br/portal/system/resources/W1siZiIsIjIwMTMvMDQvMjYvMTBfMDRfMTJfMTM4X1BvcnRhcmllhX25cdTAwYmFfMS4yODZfZGVfMjZfMTBfMTk5My5wZGYiXV0/Portaria%20n%C2%BA1.286%20de%2026%2010%201993.pdf)>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. Portaria nº 2203, de 05 de novembro de 1996. **Norma Operacional Básica (NOB) 1/96**. Brasília, 05 nov. 1996. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 04 jun. 2015

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 649, de 2011**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102968>>. Acesso em: 05 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de abril de 2015a. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1923&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581488. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2015b. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 08 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=581488&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 maio 2016.

CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. Serviço público no âmbito dos consórcios públicos. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). **Consórcios públicos**: instrumento do federalismo cooperativo. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Cap. 4. p. 246-267.

CARRERA, Mariana Baleeiro Martins. **Parceria público-privado (PPP)**: análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. 180 f. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12039/TESE%20VERS%C3%83O%20FINAL%20-%20MARIANA%20CARRERA%2022.09.2014.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

COELHO, Daniela Mello; ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Consórcios intermunicipais de saúde e controle de gestão associada de serviços públicos à luz da lei geral de consórcios. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). **Consórcios públicos**: instrumento do federalismo cooperativo. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Cap. 2. p. 459-478.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47-81.

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da; KNOPP, Glauco da Costa; XAVIER, Dulcilene Claudia. Organizações sociais interfederativas: um novo fenômeno. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 8, 2015, Brasília. **Painel**. Brasília: Consad, 2015. p. 1 - 33. Disponível em: <http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/2015/VIII_Consad/126.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. 256 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas: 2012. 932 p.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 539 p.

DOCTEUR, Elizabeth; OXLEY, Howard. **Health-care systems**: lessons from the reform experience. Paris: OECD, 2003. Disponível em: <<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=61510000800702708710609011906402906800205909309303101009507101206712412107210501809905802709605805104001109110200408601112001210805806205507607111609307110010310202408505700311700811602608>>

7065083021010002001124066076018113031119112104087075120114009&EXT=pdf>.
Acesso em 02 fev. 2016.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 2009. 407 p.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias Público-Privadas**: aspectos constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 236 p.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o público e o privado**: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos. Curitiba: Juruá, 2011. 182 p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. 406 p.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 407 p.

_____. **PPP Parceria Público-Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 471 p.

HARADA, Kiyoshi. **Parcerias público-privadas**. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Pareceres/330.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1135 p.

_____. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 1440 p.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654 p.

MÂNICA, Fernando Borges. **As novas mudanças na Lei n. 13.019/14 (PLV 21/15) e o futuro das parcerias com o terceiro setor**. 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-borges-manica/as-novas-mudancas-na-lei-n-1301914-plv-21-15-e-o-futuro-das-parcerias-com-o-terceiro-setor>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

_____. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 299 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de (Coord.). **Parceria público privada: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Cap. 4. p. 53-85.

MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O que sobrou da autonomia dos estados e municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor? **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, a. 2, v.2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 34/55.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, Parte I, p. 17-46.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 298 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As parcerias público-privadas (PPPs). **Migalhas**, 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

_____. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo : Malheiros, 2013. 1136 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1446 p.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de "serviço público", "serviços de relevância pública" e "serviços de exploração econômica" para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em : 22 jun. 2015.

_____. Inaplicabilidade da Lei 13.019/13.204 a Organizações Sociais Qualificadas nos Estados, Distrito Federal e Municípios. **Direito do Estado**, Salvador, 21 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/inaplicabilidade-da-lei-1301913204-a-organizacoes-sociais-qualificadas-nos-estados-distrito-federal-e-municipios>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010. 215 p.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. 480 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 351 p.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 161 p.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 324 p.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Brazil statistics**. 2013. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.country.country-BRA>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). Constituição, de 22 de julho de 1946. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **United States of America statistics**. 2013. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.country.country-USA>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

PINTO, Marcos Barbora. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Revista eletrônica do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2506.pdf>. Acesso em : 30 jul. 2015.

POMPEU, João Cláudio Basso. **A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS**: alguns elementos para reflexão. 2004. 183 f. Dissertação (Mestrado em Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://arca.icict.fiocruz.br/bitstream/icict/5461/2/961.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A reinvenção solidária e participativa do Estado. **Oficina do CES**, Coimbra, n. 134, jan. 1999. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/134.pdf>>. Acesso em 05 maio 2016.

SANTOS, Lenir. **Por que a Lei nº 13.019, de 2014, não se aplica ao SUS**. 2015. Disponível em: <http://www.idisa.org.br/site/documento_13163_0__por-que-a-lei-no.-13019,-de-2014,-nao-se-aplica-ao-sus.html>. Acesso em: 05 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 2904 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 461 p.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009. 143 p.

SILVA, Pedro. **Fundamentos e modelos nas parcerias público-privadas na saúde**: o estudo dos serviços clínicos. Coimbra: Almedina, 2009. 181 p.

SIDDIQI, Sameen; MASUDM Tayyeb Imran; SABRI, Belgacem. Contracting but not without caution: experience with outsourcing of health services in countries of the Eastern Mediterranean Region. **Bulletin os the World Health Organization**, n. 84, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2627537/pdf/17143460.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Cap. 1, p. 17-46.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 349 p.