

A complementaridade da participação privada no SUS

Private Initiative in Brazilian National Public Health System

FERNANDO BORGES MÂNICA

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Pós-Graduado em Direito do Terceiro Setor pela FGV-SP. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo. Autor dos livros 'Terceiro Setor e Imunidade Tributária', 'Parcerias na Saúde' e 'O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde'. Coordenador de Ensino do Instituto ADVCOM – Estado/Empresa/Sociedade. Advogado e Consultor.

RESUMO:

O presente artigo visa abordar a complementaridade da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde, tal qual prevista na Constituição brasileira. Tal complementaridade se refere à possibilidade de incentivo estatal à prestação privada de serviços de saúde, mas como a possibilidade de prestação de serviços públicos de saúde por particulares. A diferença de base tem origem no processo histórico de construção do SUS e de sua base constitucional. A participação privada no sistema público de saúde brasileiro pode ocorrer, portanto, pela via da delegação de serviço público, e não meramente por meio de fomento estatal. Aquela, diferentemente desta, possui caráter de estabilidade, prazos dilatados e garantias ao prestador dos serviços de saúde. Em cada situação concreta, cumpre ao Administrador Público escolher, motivadamente, a melhor opção para a prestação de serviços públicos de saúde (direta ou delegada) a todos aqueles que necessitem, adotando o modelo de ajuste mais adequado ao caso.

Palavras-chave: Complementaridade; Lei nº. 8.080/1990; Parcerias na Saúde; Sistema Único de Saúde.

ABSTRACT:

The present article intends to discuss the complementarity of private services in Brazilian Public Health System (BPHS), as disposed at Brazilian Constitution. This complementarity does not refer to the possibility of state incentive to private health services, but to the possibility of public health services provided by the private initiative. The basic difference stems from the historical development of the BPHS and its constitutional basis. Private services in the BPHS can be provided, therefore, through the delegation of public service, and not merely by state promotion of private services. That, unlike this, has the character of stability, long contracts period, and guarantees to the provider of public health services. In each situation, the Public Administrator, with justification, can choose the best option for providing public health services (directly or delegated) to everyone who need it, adopting the most appropriate adjustment to the case.

Keywords: Brazilian Law nº 8.080/1990; Brazilian National Public Health System; Complementarity; Partnerships in Health System.

Introdução

Apenas em meados do século passado consolidou-se a idéia de que a saúde constitui direito a ser garantido pelo Estado a todas as pessoas. Com isso, países com sistemas jurídicos tão diferentes como Inglaterra, França e Alemanha passaram a garantir progressivamente a universalização do acesso aos serviços de saúde – seja por meio da ampliação do sistema de seguros sociais, seja por meio da criação de sistemas nacionais de saúde.

As funções do Estado na organização e no funcionamento dos sistemas de saúde, portanto, apenas recentemente ganharam relevo. Tal característica, aliada ao desenvolvimento da tecnologia médica nos últimos anos, fez com que se desenvolvessem um conjunto normativo e uma estrutura administrativa para regular as atividades estatais e não-estatais voltadas à garantia do direito à saúde.¹ Dentre as funções do Estado para a manutenção dos sistemas aptos a promover tal direito, merecem destaque:

- (i) a formulação e o planejamento de políticas públicas;
- (ii) o financiamento das atividades públicas e incentivo às atividades privadas;
- (iii) a regulação de todo o setor; e
- (iv) a prestação dos serviços.

No Brasil, a exemplo do que aconteceu em países como Portugal e Espanha, o reconhecimento da saúde como direito de todos – a ser garantido por um sistema público apto a oferecer assistência a todas as pessoas que dela necessitarem – apenas foi consagrado em fins do século passado.² Mais do que qualquer outro texto constitucional, com o objetivo de garantir a efetivação do direito à saúde, a Constituição brasileira de 1988 traçou detalhadamente as funções do Estado em relação à garantia do direito à saúde, em especial:

¹ A disciplina de tais atividades – prestadas tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada – pode ser denominada *Direito Sanitário*.

² As transições portuguesa e espanhola no setor de saúde foram marcadas pelas respectivas constituições de 1976 e de 1978.

- (i) estabelecendo as diretrizes da política de saúde a ser adotada;³
- (ii) atribuindo à lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde;⁴
- (iii) determinando que a regulamentação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei;⁵ e
- (iv) assumindo o dever de prestar serviços públicos de saúde, diretamente ou indiretamente, mediante a participação complementar da iniciativa privada.⁶

A própria Constituição brasileira faz referência expressa à participação privada no sistema público de saúde. Com isso, a delimitação do caráter *complementar de participação da iniciativa privada* na prestação de serviços públicos de saúde implica a análise do alcance do conteúdo constitucional da *complementaridade*, a qual deve ter como referencial tanto (i) o texto da Constituição, quanto (ii) as condições históricas, sociais e econômicas atuais e aquelas existentes no momento de elaboração do texto constitucional.

Por tais feixes devem ser iluminados os dispositivos constitucionais que especificamente prevêm a participação privada na prestação de serviços de saúde, previstos no artigo 197 e no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal, cuja transcrição merece destaque:

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

(...)

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

§ 1.º - 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.

A Constituição Federal, portanto, ao disciplinar o direito à saúde, oferece expressamente a possibilidade de modernização da Administração

³ Art. 198 da Constituição Federal.

⁴ Parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo 198 da Constituição Federal.

⁵ Art. 197 da Constituição Federal.

⁶ Art. 197 e 199, § 1.º Destaque-se que a *complementaridade* consta também como princípio constitucional expresso no artigo 223 da Constituição Federal, que trata dos sistemas público de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

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 obstante, considerando a complexidade dos dispositivos que tratam do tema, a ausência de estudos aprofundados e a repetição de opiniões firmadas com base em premissas desconectadas da *ideologia constitucional*, a Constituição Brasileira tem sofrido uma série de agressões, tanto por meio da já mencionada *interpretação retrospectiva* quanto por meio de atos normativos dotados de inconstitucionalidade.

O *ideal estatizante* da prestação de serviços como única fórmula adequada à garantia do direito à saúde, há muito tempo abandonada em países democráticos, e não albergado pela Constituição de 1988, ainda possui adeptos em solo pátrio. Tal pensamento, que tem permeado parte do imaginário jurídico e social no Brasil, ao contrário do que pensam seus arautos, não promove o direito à saúde, mas impede que se concretizem importantes parcerias com a sociedade civil.

Contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo e colaboração da iniciativa privada configuram importantes ferramentas da atuação administrativa pública deste século e têm sido adotadas com êxito no setor de saúde de todos os países em que a prestação de tais serviços é tida, para dizer o menos, como satisfatória.⁷ No Brasil, a especificidade e a complexidade do ordenamento constitucional da saúde, resultantes do embate entre ideologias opostas, fazem dele um texto de difícil interpretação, mas suscetível a diversos modelos de efetivação, com base em diversas formas de participação privada. Entretanto, a implementação de tais instrumentos e a conseqüente efetivação do direito à saúde, não raro, esbarram na ausência de consenso hermenêutico e na própria resistência à mudança institucional – esse último, traço característico do atraso que marca a história do direito à saúde e, quiçá, do Estado brasileiro.

É tempo de interpretar a ordem constitucional da saúde à luz da *efetivação do respectivo direito*. Para tanto, é importante a análise específica dos dispositivos acima mencionados, bem como dos instrumentos legais

⁷ Tais exemplos podem ser encontrados no Reino Unido, Canadá, Holanda, Espanha, Portugal, Alemanha e França.

admitidos como mecanismos aptos a promover uma participação privada que fortaleça o Sistema Único de Saúde – SUS e reforce a capacidade estatal de efetivar tal direito.

I. AUSÊNCIA DE DEVER ESTATAL DE PRESTAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

A previsão constitucional da participação *complementar* da iniciativa privada no SUS não significa a atribuição de dever estatal de prestação direta dos serviços públicos de saúde. Não raro são encontradas nos tribunais brasileiros decisões que impedem a celebração de parcerias com a iniciativa privada com fundamento em suposto descumprimento da *complementaridade* da participação privada nos serviços públicos de saúde. Os efeitos jurídicos de tais decisões nos respectivos casos concretos e seu efeito reflexo na segurança jurídica acabam por prejudicar a evolução do direito, a modernização da Administração Pública e a efetivação do direito à saúde.

A suposta vedação constitucional à transferência da gestão de uma unidade hospitalar para a iniciativa privada, em regra, decorre do seguinte entendimento:

- (i) apenas atividades de saúde complementares seriam aptas a sofrer tal transferência;
- (ii) a gestão de um hospital público municipal pela iniciativa privada desrespeita o caráter complementar de tal participação, a qual, supostamente, deve ser exercida integral e diretamente pela própria Administração Pública municipal.

Tal linha de raciocínio vai ao encontro do que grande parte da doutrina entende como sendo o conteúdo da *complementaridade* da participação privada na saúde. Essa é a opinião, por exemplo, de Maria Sylvia Di Pietro, para quem:

(...) a Constituição, no dispositivo citado [§1.º do art. 199], permite a **participação de instituições privadas 'de forma complementar'**, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público

transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; **o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc. (...).**⁸

Na mesmo sentido, alguns autores chegam a sustentar posições extremas, como se percebe da seguinte passagem:

A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição **concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos**. Atendimento público através de serviços privados deve consistir em **exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público**.⁹

Tal ordem de idéias afigura-se compatível com o ideal da ala mais radical do movimento sanitário brasileiro do final do século passado, que restou vencido já na VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, que influenciou a redação do capítulo constitucional voltado à saúde. Portanto, desde a promulgação da Constituição de 1988, esse entendimento merece ser afastado.

Afinal, a interpretação da Constituição deve levar em conta a realidade e deve ter como objetivo a *máxima efetivação dos direitos fundamentais*. Desse modo, considerando a hipótese de maior eficiência na garantia do direito à saúde por meio da prestação privada, tal entendimento não merece prevalecer de modo absoluto. Assim, a fixação dos limites entre a prestação estatal direta de serviços de saúde e sua prestação indireta, por meio de parcerias com a iniciativa privada, não pode ser encontrada na expressão geral, abstrata e despida de conteúdo como é a *forma complementar* da participação privada.

Insistir em tese oposta à ora defendida não apenas gera insegurança jurídica, mas também conduz a uma interpretação equivocada, segundo a qual a participação privada no sistema público de saúde deve ser tratada como

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Parcerias na administração pública**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.243 (os grifos não constam do original).

⁹ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.199 (os grifos não constam do original).

transitória e improvisada, o que a tornaria *instável e precária*. Tais características dos vínculos firmados entre a Administração Pública e os prestadores privados constituem um dos graves problemas que afrontam os serviços públicos de saúde no Brasil.

A participação privada nos serviços de saúde, como demonstra a experiência histórica e internacional, é indispensável, mas tanto mais se apresenta útil quanto mais estáveis e seguros os vínculos que a disciplinam. Apenas um Direito Administrativo apto a lidar com a complexidade atual do setor de saúde possibilitará a existência de uma Administração Pública forte e um Estado eficiente na garantia dos direitos fundamentais – especificamente o direito à saúde.

Em apoio ao entendimento ora apresentado, parece razoável sustentar que a previsão constitucional constante do parágrafo primeiro do artigo 199, em que pese tratar da assistência à saúde, expressa a possibilidade de participação complementar da iniciativa privada em relação a todo o sistema público de saúde.

É que o sistema público de saúde brasileiro tem como atribuições tanto a prestação de serviços públicos de saúde quanto o desenvolvimento de uma série de outras atividades, denominadas *ações de saúde* – relacionadas no artigo 200 da Constituição Federal e nos artigos 5.º e 6.º da Lei n.º 8.080/90. Nessa perspectiva, 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. Tal entendimento vai ao encontro do que dispõe o artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de *serviços*.

Assim, quando a Constituição Federal menciona a *complementaridade* 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.¹⁰

¹⁰ Com esse raciocínio, é importante destacar, não se está defendendo a participação privada em todos os serviços de saúde, mas a ausência de vedação constitucional para tanto, de modo que cada ente federativo, no exercício de sua competência para a organização administrativa dos serviços públicos, possa definir o melhor modelo, dentre aqueles legalmente admitidos, para a prestação dos serviços de saúde a todos aqueles que dele necessitarem. A Constituição brasileira não definiu uma forma privilegiada (pública ou

Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal, em voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, referindo-se ao artigo 197 da Constituição Federal, foi categórico:

(...) 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.¹¹

No mesmo sentido, referindo-se ao artigo 199 da Constituição Federal, tem razão Paulo Modesto, ao afirmar que:

A declaração do direito à saúde como direito do cidadão e dever do Estado obriga a que o Estado garanta o direito à saúde e não que ofereça diretamente e de forma executiva o atendimento a todos os brasileiros. A palavra 'saúde', constante do art. 199 da Constituição, refere a um bem jurídico, a uma utilidade fruível pelo administrado, que deve ser assegurada pelo Estado, independente deste fazê-lo direta ou indiretamente, mediante emprego do aparato público ou da utilização de terceiros.¹²

No contexto brasileiro, a assistência à saúde assumida pelo Estado como sua responsabilidade constitui o *serviço público de saúde* a ser prestado às pessoas que dele necessitarem, por meio de entidades públicas ou privadas, de acordo com o regime jurídico mais adequado à garantia de efetivação do direito à saúde, independentemente da natureza jurídica da entidade prestadora.

Mais do que manter uma discussão surda e um argumento vazio, há que se indagar, investigar e discutir as formas de articulação possíveis entre o Estado e outros setores para que o direito à saúde seja concretamente efetivado. Afinal, a interpretação do Direito por mera repetição de idéias não satisfaz aos fins que busca o Estado contemporâneo. Nesse sentido, precisas foram as palavras do Ministro do STF Gilmar Mendes em sua manifestação na ADIN

privada) de prestação dos serviços públicos de saúde e a sua interpretação com base na efetivação dos direitos fundamentais corrobora tal raciocínio.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923-5/DF, Tribunal Pleno, Relator Originário Min. Ilmar Galvão, Relator Min. Eros Grau, **Diário de Justiça da União**, 21 set. 2007.

¹² MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional n.º 19/98. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.11, p.8, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

1.923, que negou o pedido cautelar de suspensão da eficácia de diversos dispositivos da Lei n.º 9.637/98, que disciplina a celebração de contratos de gestão com entidades privadas qualificadas como organizações sociais:

O fato é que o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do Direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado.¹³

Em face da *jusfundamentalidade* do direito à saúde, a aplicação de tal entendimento torna-se ainda mais evidente. Alguns tribunais pátrios, como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sinalizam tal compreensão, segundo a qual no centro da esfera hermenêutica deve constar o direito fundamental à saúde, cuja garantia não pode ficar à mercê de entraves formais despidos de utilidade. Eis o que consignou o referido tribunal em recente decisão:

Sempre com a devida vênia, não mais se mostra possível a interpretação de norma constitucional que atribua ao Estado todos os deveres, impedindo-o de contar com auxílio, remunerado ou não, de entidades privadas para a consecução do bem comum. **No caso concreto, ao munícipe doente não interessa saber se o médico que o atende é servidor público ou não. O que lhe interessa é que haja médico para atendê-lo e medicamento para curar sua doença ou ao menos minorar seu sofrimento.**

Por isso não vislumbro clara e manifesta violação, ao menos no âmbito restrito deste recurso de agravo, ao artigo 199 da Constituição Federal que tornaria viável a suspensão da parceira. E, em tese, se mostra possível que alguns programas de saúde, voltados para temas mais sensíveis sejam transferidos a terceiros que tenham a capacidade tecnológica e gerencial de melhor atender à população pelo custo mais barato que o Estado poderia fazer.¹⁴

Nesse diapasão, entende-se plenamente possível sustentar que da *forma complementar* de participação privada nos serviços públicos de saúde,

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923 – DF, Relator Ministro Carlos Brito, **Diário de Justiça**, 01 ago. 2007.

¹⁴ SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 627.715-5/3-00 – SP. Relator: Des. Lineu Peinado. 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008 (os grifos não constam do original).

prevista no parágrafo primeiro do texto constitucional, não é possível extrair qualquer limitação à *esfera de atuação estatal direta* e à *esfera passível de atuação privada contratada ou conveniada*. Trata a previsão apenas da possibilidade de prestação tanto de uma forma (direta) quanto de outra (indireta).

Os projetos de redação constitucional apresentados na Assembléia Constituinte de 1987-1988 utilizaram expressões como *colaboração*, *participação supletiva* e *participação complementar*, cujo significado lingüístico é muito próximo. Tal variedade de expressões também pode ser percebida na análise do texto hoje vigente nas Constituições dos Estados-membros e nas Leis Orgânicas municipais. Ao exercer sua autonomia político-administrativa, prevista nos artigos 18, 25 e 29 da Constituição Federal, na disciplina de sua organização interna, Estados-membros e municípios utilizam variadas expressões para definir a participação privada nos serviços públicos de saúde:

- (i) a própria *forma complementar*, como faz grande parte dos Estados-membros, como Bahia, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina e alguns municípios como o Recife;
- (ii) a *forma suplementar*, tal qual o caso, por exemplo, do Município de Curitiba;
- (iii) a *forma supletiva*, conforme consta, ilustrativamente, nas leis orgânicas dos municípios do Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo.

Além desses exemplos, há casos, como o do Estado de São Paulo, em que não se encontra qualquer expressão para qualificar a forma de participação privada, sendo prevista apenas a *participação privada nos serviços de saúde*.

Nesse sentido, a *complementaridade* em si e todas as expressões utilizadas nas Constituições dos Estados-membros e nas Leis Orgânicas Municipais padecem de conteúdo próprio quando aplicadas à participação privada nos serviços públicos de saúde, pois não há delimitação também no objeto de referência – os serviços públicos de saúde prestados pelo Estado. Com esse raciocínio, pode-se perceber que a *forma complementar* de participação privada na assistência à saúde não configura, em si, limite à

possibilidade de prestação de serviços públicos de saúde por particulares.¹⁵ Não é possível, sequer, extrair interpretação segundo a qual a participação de entidades de natureza pública é *preferencial*.¹⁶

Outro importante referencial para a compreensão do relacionamento entre a iniciativa privada e o sistema público pode ser encontrado em estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD).¹⁷ Tal publicação propõe uma taxonomia acerca dos modelos de convivência entre o provimento estatal de serviços de saúde e o provimento de tais serviços por meio de seguros privados.¹⁸ A categorização apresentada, que restou acolhida pela doutrina acerca do tema,¹⁹ não se refere especificamente à participação privada no sistema público de saúde, mesmo porque, em todos os Estados desenvolvidos, tal participação não encontra delimitação fixada na Constituição ou em lei. De qualquer modo, o modelo é útil para a compreensão da participação privada complementar dentro do próprio sistema público de saúde brasileiro.

Segundo a proposta da OECD,²⁰ a convivência entre a prestação pública e os seguros privados de saúde pode ocorrer das seguintes formas, com base nas funções desempenhadas pelos seguros privados:

¹⁵ Nesse sentido, pode-se concordar com Sergio Pinto Martins, que, ao tratar da terceirização no Direito do Trabalho, assim consignou: "A complementariedade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer." (MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.23).

¹⁶ Como é o caso da participação das entidades filantrópicas e das sem fins lucrativos, adiante analisada. Em sentido contrário, defendendo a participação preferencial do poder público na prestação dos serviços, conferir: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.129, jan./mar. 2003.

¹⁷ A OECD é uma organização não-governamental internacional, criada em 1961, resultado da transformação da Organização para a Cooperação Econômica Européia (OEEC), instituída em 1947. Atualmente a OECD conta com a participação de trinta países-membros e tem como foco de atuação oferecer apoio a governos com base em estudos, pesquisas e obtenção de informações nos diversos campos de interesse social e econômico. Sobre a entidade, conferir: <http://www.oecd.org>. Acesso em 17.10.2008.

¹⁸ OECD. **Proposal for a Taxonomy of Health Insurance**. Paris: OECD, 2004. 21p.

¹⁹ Nesse sentido, a proposta ora analisada pode ser encontrada, dentre outros, em: COLOMBO, F.; TAPAY, N. Private Health Insurance in OECD Countries: The benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Papers**, n.15, OECD Publishing, 2004; CECHIN, José. **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.59-60; OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **Sistemas comparados de saúde: uma análise preliminar**. Mimeo. 14p.; SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia D.; PORTO, Sílvia Marta. O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, n.13, p.1431-1440, 2008.

²⁰ OECD. **Proposal for a Taxonomy of Health Insurance**. Paris: OECD, 2004. p.18.

- (i) **Forma primária:** modelo em que a única opção disponível para determinadas pessoas terem acesso aos serviços de saúde são os seguros privados; tal hipótese pode ocorrer de duas maneiras:
- **primária substitutiva:** quando existe atendimento público, mas o indivíduo opta pelo seguro privado (abrindo mão da possibilidade de acesso aos serviços ofertados no âmbito público); exemplo: Alemanha.
 - **primária principal:** quando não existe cobertura pública ou a cobertura não alcança todos os grupos sociais; exemplo: Estados Unidos.
- (ii) **Forma Complementar:** quando, no âmbito público, a cobertura assistencial não oferece pagamento integral pelos serviços de saúde, de modo que as pessoas têm a opção de contratar seguros privados para pagar a diferença (co-pagamento) pelos serviços que necessitarem; exemplo: França.
- (iii) **Forma Duplicada:** quando os seguros privados oferecem serviços também prestados no âmbito público, de modo que as pessoas têm opção por escolher uma ou outra forma de obtenção dos serviços de saúde; exemplo: Brasil.
- (iv) **Forma Suplementar:** quando os serviços prestados no âmbito público são delimitados e os seguros privados são contratados para oferecer serviços não disponibilizados no âmbito público; tais serviços variam conforme o Estado e podem incluir serviços de reabilitação, tratamento dentário e medicamentos, ou mesmo hospedaria de categoria diversa; em alguns casos, o sistema de seguros privados pode oferecer os mesmos serviços daqueles ofertados no sistema público, o que o caracteriza como uma forma duplicada; exemplos: Inglaterra, Portugal e Espanha.²¹

Impende compreender que tanto a complementação quanto a suplementação possuem como referencial a prestação de serviços de saúde não ofertados no âmbito público. Ainda assim, ao menos no que se refere à

²¹ É importante notar que, como qualquer classificação, na maioria dos sistemas de saúde ocorre certo grau de interseção entre os modelos propostos, com a convivência em maior ou menor grau, de mais de uma forma de participação dos seguros privados.

suplementação, segundo a taxonomia da OECD, admite-se a possibilidade de que determinados serviços sejam prestados em duplicidade. No caso brasileiro, considerando que o sistema público de saúde (conhecido como SUS) propõe-se a prestar serviços em caráter universal e gratuito, sem delimitação de pessoas aptas a receber os serviços e sem delimitação do rol de serviços a serem prestados, a complementaridade – bem como as expressões adotadas pelas Constituições dos Estados-membros e Leis Orgânicas Municipais – pode apenas ser compreendida como a possibilidade de prestação de serviços de *modo duplicado*, sendo que a expressão *complementaridade* deve ser entendida como a possibilidade de convivência entre a prestação pública e privada de serviços públicos de saúde.²²

II. COMPLEMENTARIDADE NA REGULAMENTAÇÃO DO SUS

Como noção constitucional despida de conteúdo próprio e sem um referencial definido, a eventual (de)limitação da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde deve ser buscada na regulamentação legal dos serviços de saúde, que se encontra consubstanciada, sobretudo, na Lei n.º 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde.

Na Mensagem encaminhada pelo Poder Executivo, autor do projeto da lei referida, consta que:

Na lógica do SUS, é estabelecida ainda uma nova forma de relacionamento com os subsetores filantrópico e privado, baseado em normas éticas e na existência de qualidade da prestação de serviços. Não se contrapõem, aqui, os subsetores público e privado, mas é definida uma clara regra de convivência, cuja essência é a garantia da disponibilidade de serviços, com as qualificações requeridas, para o franco acesso dos usuários.²³

Entretanto, os dispositivos da Lei Orgânica da Saúde que tratam da delimitação da participação privada complementar, ao contrário do que menciona a Mensagem acima colacionada, não são precisos na definição dos limites, dos modelos de ajuste e dos procedimentos a serem seguidos para a

²² Mesmo porque não consta do texto constitucional a *preferência por esta ou aquela modalidade de prestação (direta ou indireta)*, como acontece com as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, em relação às quais tal preferência foi expressamente adotada em sede constitucional.

²³ Mensagem do Poder Executivo n.º 360/89.

mencionada convivência entre os prestadores públicos e os prestadores privados – ambos integrantes do *sistema único de saúde*.

1. A Lei n. 8.080/90 e a insuficiência da cobertura assistencial

Na disciplina legal do SUS, a previsão de participação da iniciativa privada complementar encontra-se consignada no parágrafo segundo do artigo 4.º da Lei n.º 8.080/90, que meramente repete a previsão constitucional do *caráter complementar* da participação privada no SUS.²⁴

O artigo 7.º da Lei em referência também trata do tema e induz certa confusão ao mencionar *serviços públicos de saúde e serviços contratados e conveniados*, como se a segunda categoria não fosse também qualificada como serviço público – assumido pelo Estado como sua responsabilidade e executado por terceiros a ele vinculados.²⁵ Tal tratamento legal pode conduzir a equívocos, já que no gênero serviços públicos de saúde podem ser encontrados tanto serviços prestados diretamente pelo Estado quanto serviços contratados e conveniados.²⁶

Seguindo o que dispõe a Lei Orgânica da Saúde, importante inovação, não constante do texto constitucional, é encontrada em seu artigo 24, que define ser a participação privada vinculada aos casos em que houver *insuficiência na disponibilidade para a prestação de serviços por órgãos e entidades públicas*. Eis o que prevê o referido artigo:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

²⁴ Art. 4.º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). (...) § 2.º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em **caráter complementar** (os grifos não constam do original).

²⁵ Art. 7.º As ações e **serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados** que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...) – (os grifos não constam do original).

²⁶ Tal entendimento, resta evidenciado no artigo 8.º da Lei n.º 8.080/90, que insere os serviços prestados pela iniciativa privada na própria organização do subsistema público de saúde. Eis o que dispõe referido dispositivo: Art. 8.º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Nessa perspectiva, Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta que a participação privada complementar na prestação de serviços de saúde deve ser entendida com base na idéia de *subsidiariedade*, ao inverso do modo pelo qual costumeiramente se invoca referido princípio, já que a iniciativa privada, segundo tal entendimento, apenas deve prestar serviços públicos de saúde nos casos de deficiência do Estado em fazê-lo diretamente – e não o contrário.²⁷ Nas palavras do autor:

Tanto a Constituição quanto a lei estabelecem de que forma tal participação se dará. Ela se relaciona à idéia de insuficiência da rede pública de saúde, ou seja, à idéia de **subsidiariedade da rede privada em relação à rede pública, servindo para suprir deficiências ou insuficiência da última**. Assim é que o **artigo 199, § 1.º, da Constituição** estabelece expressamente que a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde se dará "de forma complementar."²⁸

A rigor, a idéia defendida pelo autor, nos termos do que foi consignado acima, não decorre diretamente da Constituição, mas do dispositivo legal acima transcrito. A *complementaridade*, tal qual prevista na Constituição Federal, não permite tal conclusão, *a não ser a partir de uma interpretação também inversa*, tendo como ponto de partida a legislação infraconstitucional (o que evidentemente é inadmissível).

De qualquer forma, o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto reflete o ditame legal acima transcrito e conduz a uma conclusão pertinente na medida em que na saúde, ao contrário do que em outros setores econômicos, não se aplica o princípio da subsidiariedade no sentido de que cumpre ao Estado apenas intervir nos casos em que a própria sociedade não possui condições de por si mesma suprir suas necessidades de tais serviços.²⁹

²⁷ Em trabalho sobre o tema, José Alfredo Baracho aponta as duas formas de compreensão da subsidiariedade: (i) a idéia de algo que é *secundário*; e (ii) a idéia de algo que é *supletivo* – o que pode ser entendido como *complementar* e *suplementar* (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.24).

²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.112, jan./mar. 2003 (os grifos não constam do original).

²⁹ O princípio da subsidiariedade foi expresso, ainda que de maneira implícita, pelo Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* (1891), e mais tarde pelo Papa Pio XI na Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931). Seu fundamento reside na anterioridade natural das pessoas e comunidades sobre o Estado, de forma que este deve, de um lado, respeitar a autonomia dos indivíduos e corpos intermediários, e de outro, auxiliá-los na consecução de seus fins. De um lado, esse princípio indica que uma entidade superior não deve atender ao interesse de uma coletividade inferior sempre que esta puder supri-lo de maneira eficaz; de outro, aponta para a atuação da entidade superior em todas as questões que a coletividade menor não tenha condições de resolver. Na ordem econômica brasileira, na qual vige o princípio da livre iniciativa,

Pelo contrário: é dever do Estado garantir o direito à saúde, o que inclui a prestação de serviços voltados à sua promoção, proteção e recuperação a todas as pessoas que deles necessitarem.

Entretanto, duas observações devem ser referidas para tornar possível a aplicabilidade da participação privada subsidiária nos serviços públicos de saúde. Afinal, como consignou Gaspar Ariño Ortiz, o princípio da subsidiariedade não possui valor e aplicabilidade igual em todos os tempos e em todos os Estados, de modo que sua concretização deve levar em conta a realidade histórica, social e cultural de cada país.³⁰

A **primeira observação** reside na dificuldade de se definir as hipóteses em que se afigura presente a insuficiência da prestação estatal direta dos serviços de saúde (e a conseqüente possibilidade de prestação privada). Inicialmente, é possível argumentar que, se os serviços públicos de saúde podem ser prestados pelo Estado diretamente ou por terceiros – tal qual prevê o artigo 197 da Constituição Federal e o próprio parágrafo 1.º do artigo 199 –, as disponibilidades apenas serão suficientes se a própria oferta de serviços públicos de saúde direta ou indiretamente (pela iniciativa privada) assim o forem. Além disso, a cobertura assistencial universal, integral e gratuita à saúde jamais será suficiente.³¹ Isso porque, conforme já mencionado:

- (i) o Brasil não investe o volume de recursos suficiente para sustentar um sistema público, gratuito e universal;
- (ii) não há delimitação de um grupo de pessoas a serem atendidas pelo sistema público;³²
- (iii) não há delimitação de um rol de serviços a serem disponibilizados no âmbito do sistema público e gratuito; e
- (iv) o próprio conceito de saúde adotado é amplo e aproxima-se de metas subjetivas e intangíveis como *qualidade de vida e felicidade*.

previsto pelo artigo 170 do texto constitucional, possui sua aplicação balizada pelos critérios constantes do artigo 173 da Constituição Federal.

³⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999. p.111 e segs.

³¹ Ainda que em alguns locais e momentos, como, por exemplo, na década de 1970, seja possível verificar a disponibilidade de leitos hospitalares superior à demanda, decorrente, sobretudo, de uma inadequada política pública e do privilégio à definição dos serviços ofertados pelos próprios prestadores.

³² Aquelas que não têm condições de obter os serviços de saúde no mercado.

Nesse contexto, a soma dos fatores mencionados – os quais decorrem da interpretação distorcida do ordenamento constitucional da saúde, aliada à característica dos serviços de saúde, nos quais a *oferta induz a demanda*³³ e *as necessidades são criadas pelas novas tecnologias*³⁴ – conduz à impossibilidade permanente de oferecimento de uma cobertura assistencial suficiente. É importante lembrar que mesmo os países desenvolvidos, possuem disciplina consolidada e respeitada, que delimita o *pacote de serviços prestados no âmbito público, admitem cobrança de parcela dos serviços e investem mais do que o Brasil* em seus sistemas de saúde.

Em tais contextos, é possível a definição de conteúdos para conceitos como complementaridade, suplementaridade e supletividade com base na insuficiência de meios concretos para sua prestação. De outro lado, em um cenário no qual a prestação de serviços de saúde tende a ser infinita, a insuficiência da cobertura assistencial em determinada área tende a ser permanente.³⁵ Assim, tal critério perde em grande parte sua utilidade.³⁶

Dessa forma, e essa é a **segunda observação** a propósito da questão, outro balizamento deve ser levado em conta para a aplicação do princípio da subsidiariedade da participação privada nos serviços públicos de saúde: a *eficiência* na prestação dos serviços.

³³ Afinal, como resume Susete Barboza França: "A única maneira do paciente saber se precisa ou não ir ao médico, é indo ao médico. Ao procurá-lo, ele também não tem qualquer liberdade de escolha sobre que tipo de serviços deve ser realizados e com que frequência. É o médico quem decide, quem controla e determina todo o processo de cura, como também as atividades dos demais envolvidos, como enfermeiras e outros profissionais de saúde, que seguem suas instruções. O consumidor não pode atuar racionalmente neste mercado, já que ele não tem os conhecimentos técnicos necessários sobre a qualidade e o preço do serviço, que lhe permitiria selecionar entre as diversas alternativas. Ele aceita transferir ao médico o poder de escolha dos bens e serviços a serem consumidos. (...) Outra característica desse mercado e a associação estreita entre procura e oferta – uma parte significativa da procura pode ser induzida pela oferta. Assim, quanto maior a disponibilidade de recursos, como médicos e leitos, maior a demanda por serviços." (FRANÇA, Susete Barboza. A presença do estado no setor saúde no Brasil. **Revista do Serviço Público**, ano 49, n.3, p.86, jul./set. 1998).

³⁴ POMPEU, João Cláudio Basso. **A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS: alguns elementos para reflexão**. 2004. 183p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2004. p.30.

³⁵ Em alguns casos, pode ser caracterizada atualmente a suficiência da cobertura assistencial dos serviços públicos de saúde, como na hipótese (i) de um hospital público ter disponibilidade constante de estrutura física e humana para atendimento a todos que necessitarem; ou (ii) da existência de numerosas entidades privadas credenciadas para a prestação de determinados serviços, os quais supostamente possuem oferta maior que a demanda.

³⁶ Afinal, no Brasil, não se verifica possível a definição de limites para a *complementação* de algo não apenas indefinido, mas supostamente (em termos jurídico-positivos) completo, pois universal (compreendido como ilimitado) e igualitário (compreendido como a impossibilidade de direcionamento do atendimento a determinados públicos).

A eficiência é inerente ao próprio princípio da legalidade, sendo que em todos os casos nos quais haja justificativa constitucional que demonstre a maior eficiência quando determinado serviço de saúde seja prestado pela iniciativa privada vinculada ao Estado, é admitida sua participação. As transformações da Administração Pública, a exemplo de outros Estados, e a necessidade de mecanismos adequados para o desempenho de cada atividade estatal – à luz do permissivo constitucional constante dos artigos 197 e 199, § 1.º – levam a essa conclusão.

2. Regulamentação infralegal do SUS e a noção de capacidade instalada

Nos termos do inciso XIV do artigo 16 da Lei Orgânica da Saúde, a direção nacional do SUS possui competência para elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde. Acontece que, enquanto a Constituição determina que a participação da iniciativa privada no SUS deve ocorrer de forma complementar e a Lei Orgânica da Saúde determina que o SUS poderá recorrer aos serviços da iniciativa privada quando as disponibilidades da rede pública forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial, a normatização infralegal do sistema público de saúde não raro traz outras inovações que contrariam o texto constitucional e seguem uma linha de estatização dos serviços de saúde – não prevista na Constituição e tampouco na lei.³⁷

Como exemplo dessa tendência, pode-se mencionar a Portaria n.º 3.277, de 22 de dezembro de 2006, editada pelo Ministério da Saúde, a qual dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. Tal ato normativo contém evidente inconstitucionalidade e ilegalidade ao restringir a participação privada, nos seguintes termos:

Art. 2.º Quando utilizada toda a capacidade instalada dos serviços públicos de saúde, e comprovada e justificada a necessidade de complementar sua rede e, ainda, se houver impossibilidade de ampliação dos serviços públicos, o

³⁷ Afinal, vedar a possibilidade de efetivação do direito à saúde por meio da prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, sem uma justificativa constitucional, implica violação da Constituição.

gestor poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde.³⁸

Ao prever a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos, o dispositivo em referência repete o mesmo equívoco já perpetrado expressamente pelo artigo 7.º e implicitamente pelo artigo 24 da Lei n.º 8.080, supondo não configurarem os serviços de saúde contratados e conveniados legítimos serviços públicos.

De outro lado, mais grave ainda é a determinação de que a participação privada nos serviços públicos de saúde apenas deve ocorrer caso haja impossibilidade de ampliação da prestação dos serviços diretamente pelo Estado. Tal limitação revela evidente caráter estatizante, o qual se apresenta, como já assinalado, absolutamente incompatível com a opção oferecida pela Constituição Federal e pelas próprias Constituições estaduais para que cada ente federativo determine o modelo mais eficiente de concretização do direito à saúde.

A referência à capacidade instalada como critério a ser levado em conta para a participação privada na prestação de serviços públicos de saúde parece ter ganhado relevo a partir de um parecer emitido pela Procuradoria da República no qual consta a seguinte conclusão:

(...) a correta leitura do art. 197 da CF (e face às demais regras vigentes) é a de que a execução dos serviços de saúde deve ser feita diretamente (pelo Estado) ou **por terceiros** (hospitais e unidades hospitalares de entidades filantrópicas que venham a integrar o SUS), **os quais comparecem com sua capacidade instalada e em caráter complementar**, e por pessoa física ou jurídica de direito privado (consultórios médicos e hospitais privados não filiados ao SUS). Todos exercem serviços de relevância pública, **mas aqueles prestados pelo Estado são de natureza essencialmente pública, integral e universal, caracterizando-se como direito fundamental e dever do Estado.**³⁹

A regulamentação infralegal do SUS manteve tal direção equivocada, ao estabelecer novos limites à participação privada, em especial no que se refere a um argumento inconstitucional: o de que a participação privada complementar

³⁸ Os grifos não constam do original.

³⁹ GONÇALVES, Wagner. **Parecer sobre terceirização e parcerias na saúde pública**. 1998. Mimeo. p.21 (os grifos não constam do original).

deve ocorrer por meio da *utilização da capacidade instalada das entidades privadas prestadoras de serviços públicos*. Nesse sentido, a própria Portaria n.º 3.277/2006, em seu artigo 4.º, determina que:

Art. 4.º O estado ou o município, uma vez **esgotada sua capacidade de oferta de serviços públicos de saúde**, deverá, ao recorrer ao setor privado, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos.⁴⁰

Parágrafo único - Poderá fazer uso do instrumento de convênio quando for estabelecida uma **parceria para a prestação de serviços de saúde, entendida como uma comunhão de interesses** que observa os seguintes elementos:

(...)

III - **utilização da capacidade instalada da entidade filantrópica ou da sem fins lucrativos**, incluídos os equipamentos médico-hospitalares para atendimento de clientela particular, incluída a proveniente de convênios com entidades privadas, somente será permitida após esgotada sua utilização em favor da clientela universalizada e desde que estejam garantidos, no mínimo, 60% (sessenta por cento) da capacidade instalada para atendimento de pacientes encaminhados pelo SUS.⁴¹

Entretanto, como já ressaltado no início deste Item, a utilização da capacidade instalada, entendida como a estrutura completa e em funcionamento de uma unidade privada prestadora de serviços de saúde, consiste em *uma das hipóteses* de participação privada no sistema único de saúde. Além dela, são admitidas tanto a transferência da gestão – ou *gerência*, no vocabulário do SUS⁴² – de uma unidade pública quanto a contratação de determinadas

⁴⁰ O esgotamento da capacidade instalada da rede pública consta como requisito para a participação privada nos serviços públicos de saúde nos dois atos normativos anteriores que disciplinam o assunto. Trata-se do artigo 1.º e seu parágrafo 1.º da Portaria n.º 1.286, de 26 de outubro de 1993, e do artigo 2.º da Portaria n.º 358, de 22 de fevereiro de 2006, ambas do Ministério da Saúde.

⁴¹ Os grifos não constam do original.

⁴² Nos termos da NOB 01/96, aprovada pela Portaria GM/MS n.º 2.203/96, são atribuídos significados diversos para os termos *gerência* e *gestão*. Enquanto a 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*, a 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*. Nesse sentido, o ato normativo em referência qualifica como *gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal*. Não obstante, por se tratar de termos consagrados na teoria jurídica, será adotado no presente trabalho o termo *gestão*, seguido da respectiva qualificação, para se referir tanto à administração de uma unidade (o que será mais freqüente) quanto para a gestão de todo o sistema público de saúde. De qualquer modo, importa ter claro que, nos termos do artigo 198, inciso I, da Constituição Federal, a gestão do sistema de saúde em cada um dos níveis federativos deve ser única e, evidentemente, realizada pelo Poder Público. Tal dispositivo constitucional não determina, entretanto, que a execução dos serviços seja desempenhada pela iniciativa privada. Nessa perspectiva, é pertinente a observação de Gilles Guglielmi, para quem: "Os órgãos encarregados da gestão são sempre aqueles de uma pessoa pública, pois o

atividades internas ou externas a uma unidade de saúde. Entender o contrário implica obstar a possibilidade de que a Administração Pública em cada caso concreto firme vínculos com o particular para que este preste determinado serviço ou grupo de serviços conforme sua necessidade.

Por fim, insta mencionar que nem todos os atos normativos são contaminados pela visão ideológica estatizante e deslocada no tempo e no espaço, como as acima transcritas. Nesse sentido, a Norma Operacional Básica - NOB/SUS n.º 01/96, em seu Item n.º 4, que trata do Sistema de Saúde Municipal, dispõe expressamente que:

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 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.⁴³

Tal entendimento merece ser louvado. No exercício de sua competência constitucional de garantia do direito à saúde, cumpre ao administrador público de cada ente federativo, observados os ditames constitucionais, optar pelos modelos de participação privada que mais eficientemente concretizem o referido direito. A natureza complementar da participação privada nos serviços públicos de saúde, bem como sua regulamentação pela Lei n.º 8.080/90, interpretadas à luz dos direitos fundamentais, conduz a essa conclusão.

Considerações Finais

serviço público é uma atividade de interesse geral, garantido ou assumido por uma pessoa pública." (GUGLIELMI, Gilles. **Introduction au droit des services publics**. Paris: EJA, 1994. p.69).

⁴³ Portaria GM/MS n.º 2.203, de 5 de novembro de 1996 (os grifos não constam do original).

Fixadas tais considerações, pode-se perceber que a *complementaridade* da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde, prevista na Constituição, não se refere à hipótese de incentivo estatal à *prestação privada de serviços de saúde*, mas de *serviços públicos* de saúde prestados por particulares.

A hipótese refere-se, pois, a **delegação de serviço público**, com todos os consectários legais atinentes ao regime jurídico de sua prestação. A participação privada no SUS deve ocorrer por meio de mecanismos jurídicos que garantam ao sistema controle e fiscalização sobre o serviço e que garantam ao prestador privado segurança jurídica e financeira a sua prestação.

Afora essa *participação privada complementar*, o setor de saúde comporta a prestação de **serviços de saúde por particulares fora do sistema público de saúde – SUS**. Nessa hipótese, ocorre a prestação de serviços privados, que podem ou não ser exercidos com algum tipo de **fomento** estatal.

A complementaridade da participação privada nos serviços de saúde conduz, portanto, ao reconhecimento da possibilidade de **delegação de serviços públicos de saúde a particulares**, a ser instrumentalizada por meio de ajustes celebrados com a iniciativa privada, os quais podem ter como objeto: (i) um serviço ou um grupo de serviços internos relacionados à atividade-fim de uma entidade ou órgão público prestador de serviços de saúde; (ii) a prestação de serviços por uma unidade privada dotada de infraestrutura apta ao desenvolvimento das atividades ajustadas; ou (iii) toda a gestão de uma unidade pública de saúde – incluindo, obviamente, atividades-fim, atividades-meio e atividades acessórias.

Em cada situação concreta, cumpre ao Administrador Público escolher, motivadamente, a melhor opção para a prestação de serviços públicos de saúde a todos aqueles que dele necessitam, adotando para tanto, se for o caso, o modelo de ajuste mais adequado ao caso.

Referências Bibliográficas

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Princípios de Derecho Público Económico. Granada: Comares, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.o 1923 – DF, Relator Ministro Carlos Brito, Diário de Justiça, 01 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.o 1923-5/DF, Tribunal Pleno, Relator Originário Min. Ilmar Galvão, Relator Min. Eros Grau, Diário de Justiça da União, 21 set. 2007.

CECHIN, José. A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação. São Paulo: Saraiva, 2008. p.49 e segs.

COLOMBO, F.; TAPAY, N. Private Health Insurance in OECD Countries: The benefits and Costs for Individuals and Health Systems. OECD Health Working Papers, n.15, OECD Publishing, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Parcerias na administração pública. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANÇA, Susete Barboza. A presença do estado no setor saúde no Brasil. Revista do Serviço Público, ano 49, n.3, p.86, jul./set. 1998.

GONÇALVES, Wagner. Parecer sobre terceirização e parcerias na saúde pública. 1998. Mimeo.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.129, jan./mar. 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância

pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional n.o 19/98. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.11, p.8, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Sistemas comparados de saúde: uma análise preliminar. Mimeo.

OECD. Proposal for a Taxonomy of Health Insurance. Paris: OECD, 2004.

PARANÁ (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 5.a Câmara Cível, Apelação n.o 426.165-4, Relator: Juiz Convocado Eduardo Sarrão, Diário de Justiça do Estado n.o 7.684, de 22 ago. 2008 (os grifos não constam do original).

_____. Vara Cível e Anexos da Comarca de Palotina, Processo n.o 2006.00.00.0544.

POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Trad. Fanny Wrobel. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

POMPEU, João Cláudio Basso. A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS: alguns elementos para reflexão. 2004. 183p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2004.

SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia D.; PORTO, Silvia Marta. O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. Ciência e Saúde Coletiva, n.13, p.1431-1440, 2008.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.o 627.715-5/3-00 – SP. Relator: Des. Lineu Peinado. 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2008

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na constituição brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.