

SELEÇÃO DE PESSOAL E REGIME DE GESTÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS EM PARCERIA COM O SETOR PÚBLICO NA ÁREA DA SAÚDE

FERNANDO BORGES MÂNICA
Doutor em Direito do Estado pela USP.
Mestre em Direito do Estado pela UFPR.
Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PARTICULARIDADES DOS SERVIÇOS DE SAÚDE. 3. MODELOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. 4. A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 5. MODALIDADES DE PARCERIA NA SAÚDE ADMITIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 6. ESCOLHA DA ENTIDADE PARCEIRA. 7. SELEÇÃO DE PESSOAL PELA ENTIDADE PARCEIRA. 8. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PELA ENTIDADE PARCEIRA. 9. LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL PREVISTOS PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. 10. CONCLUSÕES.

RESUMO: A concretização do direito à saúde pelos Estados contemporâneos depende de um adequado tratamento da participação privada na prestação dos serviços públicos de saúde. No Brasil, a possibilidade de terceirização de serviços de saúde é expressamente admitida pela Constituição de 1988. A opção pela contratualização privada e o regime jurídico de cada modelo de parceria deve ter como base (i) a adequada interpretação da ordem constitucional da saúde, que permite a delegação do serviço e o fomento à prestação privada, bem como (ii) as características do serviço e a realidade em que ele será prestado. Nesse contexto são analisados a seleção de pessoal e o regime de gestão das entidades privadas que celebram parcerias com o Estado brasileiro para a prestação de serviços de saúde.

PALAVRAS CHAVE: direito à saúde; terceirização de serviços; regime jurídico das entidades privadas parceiras.

1. Introdução

De acordo com a Constituição de 1988, é dever do Estado brasileiro proporcionar o acesso a ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde a todas as

peessoas. O texto constitucional dedicou à disciplina da saúde toda uma seção e organizou a atividade estatal para sua concretização com base nos princípios da universalidade e igualdade de acesso, integralidade de atendimento, descentralização administrativa, complementaridade da prestação privada e participação da comunidade.

Logo após a promulgação da Constituição, foi elaborada a Lei federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, denominada Lei Orgânica da Saúde (LOS), a qual regulamentou a organização e o funcionamento das ações e serviços públicos de saúde, denominados pela Constituição *sistema único de saúde (SUS)*. Em seguida, foram editadas a Lei federal n. 8.142, de 21 de dezembro de 1990, que previu mecanismos de participação social no SUS, e a Lei Orgânica da Seguridade Social – Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 – que trata tanto da saúde quanto da previdência social e da assistência social.

Enquanto a universalidade e igualdade de acesso aos serviços públicos de saúde foram albergadas pela Constituição brasileira de 1988, países que há algum tempo haviam consagrado tais princípios passavam por um processo de reforma em seus sistemas de saúde. Isso porque os avanços tecnológicos da medicina, aliados ao envelhecimento da população, produziram um aumento significativo dos custos da saúde pública. Em tais países passou-se a discutir e implementar reformas institucionais com o objetivo de encontrar um ponto de equilíbrio entre a quantidade, a qualidade e os custos dos serviços de saúde.

Em solo pátrio surgiram inovações legislativas que objetivaram ampliar os modelos de participação privada no setor de saúde. Dentre elas, a Lei federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998, conhecida com Lei das Organizações Sociais (OSs) e a Lei federal n. 9.790, de 23 de março de 1999, conhecida como Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). Mais recentemente, foi editada a Lei federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs), a qual também prevê a possibilidade de concessão à iniciativa privada, neste caso com fins lucrativos, da prestação de serviços de saúde. Assim, criaram-se novos modelos de ajuste com o Poder Público que prevêem a participação privada nas atividades de assistência à saúde – além dos *contratos de direito público e convênios*, previstos expressamente pela Constituição Federal como vínculos aptos a disciplinar a participação privada em tais serviços.

Essas são as hipóteses em relação às quais deve ser analisado o tema do presente trabalho: modelos de seleção de pessoal e regime de gestão das entidades privadas em parceria com o setor público na área da saúde.

2. Particularidades dos serviços de saúde

Inicialmente, deve-se ressaltar que hodiernamente cumpre ao jurista, para a adequada interpretação e aplicação de cada uma das leis que tratam da participação privada na prestação de serviços públicos de saúde, conhecer a realidade objeto de disciplina.

É que a efetivação dos direitos fundamentais, como a saúde, exige *senso de realismo*.¹ A disciplina das atividades estatais deve levar em conta a realidade em que a atividade regulada é desempenhada e a pessoa a quem ela é destinada. Esse processo pode ser denominado de *legitimação da legalidade*. Segundo Paulo Bonavides, hoje a legitimidade deve ser entendida, em sua essência, como o *princípio da constitucionalidade*.² Trata-se da transformação do princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade material, que resulta da incorporação do princípio da eficiência, que não modifica, mas enriquece a legalidade, na medida em que introduz a consideração da realidade no processo de interpretação da lei.³

E a realidade dos serviços de saúde possui uma série de peculiaridades. A organização da atividade médica possui características específicas, decorrentes de seu processo de trabalho e do ambiente em que se insere, o que faz dela uma das atividades *mais complexas do mundo organizacional*.⁴ Nessa perspectiva, segundo Pedro Ribeiro Barbosa:

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.45.

² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.8-9.

³ Nesse sentido, a eficiência não implica a negação da legalidade. Pelo contrário, trata-se de um componente a mais a ser inserido na interpretação da lei, que conduz à sua vinculação com a realidade. Tem razão, pois, Alexandre Santos de Aragão quando afirma: “O princípio da eficiência não visa mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim de embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados, e não mais uma legalidade meramente formal, subsuntiva e abstrata (mera compatibilidade 'in abstrato' com as regras superiores)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.357).

⁴ LIMA, Sheyla Maria L. O contrato de gestão e a conformação de modelos gerenciais para as organizações hospitalares públicas. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v.30, n.5, p.104, set./out. 1996.

Essa noção de complexidade encerra pelo menos duas dimensões, uma primeira relacionada à organização do trabalho em si, considerando tanto o processo quanto o produto. A segunda, em consequência, decorre das exigências para sua condução, o que significa a coordenação das ações específicas de cada parte desse trabalho, procurando atingir produtos e resultados globais em termos de eficiência e eficácia. Portanto, a perspectiva de construção de modelos gerenciais [e jurídicos] exige uma compreensão acerca da natureza particular de sua complexidade.⁵

Tal compreensão implica reconhecer que em algumas especialidades a rotina de trabalhos e a execução de serviços por meio de equipes fazem com que a rigidez do regime estatutário, mesmo do regime trabalhista, nem sempre seja adequada ao bom funcionamento dos serviços. Daí a possibilidade, decorrente de uma necessidade específica, de terceirização de determinadas *tarefas* a pessoas jurídicas de direito privado que se encarreguem de garantir a efetiva prestação do serviço.

Não raro médicos contratados entram em férias ou em greve e, durante determinado período, alguns procedimentos simplesmente deixam de ser realizados. Ou então, um ou mais profissionais de saúde pedem exoneração e o serviço permanece parado até que seja realizado novo concurso público, para reposição de tais cargos ou empregos.⁶ Isso tudo sem contar a dificuldade que muitos gestores, em especial nos municípios de menor porte, enfrentam no que se refere à remuneração oferecida aos profissionais de saúde, a qual deve respeitar uma série de limitações impostas aos servidores públicos, e que acabam não atraindo o interesse de determinados profissionais especializados nesta ou naquela área.⁷

Nesse cenário, dentre as dificuldades enfrentadas especificamente pelas unidades públicas de saúde, na opinião do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), em publicação de 2008, encontram-se relacionadas:

- Dificuldades de contratação, principalmente para incorporar e/ou repor recursos humanos com agilidade, considerando as especificidades da área

⁵ BARBOSA, Pedro Ribeiro. Gestão de hospitais públicos: maior autonomia gerencial, melhor performance organizacional com apoio em contratos de gestão. **Revista do Serviço Público – RSP**, ano 47, v.120, n.2, p.72, maio/ago. 1996.

⁶ Ou mesmo a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

⁷ Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. O convênio como vínculo apto a instrumentalizar parceria público-privada para prestação de serviços de saúde em unidade hospitalar de média e alta complexidades. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte, ano 2, n.4, p.123-140, jul./dez. 2008.

- da Saúde Pública, como, por exemplo, para serviços de urgência/emergência.
- Dificuldades de incorporar recursos humanos de acordo com a quantidade e a necessidade dos serviços e o perfil da clientela atendida.
 - Dificuldades de reposição do estoque de insumos diversos e de manutenção de equipamentos de saúde.
 - Falta de capacidade de gerência dos hospitais públicos que dificulta a adoção de mecanismos eficientes e resolutivos que qualifiquem o cuidado e permitam o monitoramento e avaliação dos resultados.
 - Problemas no financiamento das unidades em decorrência da forma atual de remuneração por produção de serviços.
 - Elevado custo de manutenção.
 - Falta de racionalização interna que provoca desperdícios notadamente na área de logística de insumos.
 - Dificuldade de aplicar nas rotinas das unidades de saúde as políticas de ciência e tecnologia e de economia à saúde (avaliação de novas tecnologias e de medicamentos).
 - Baixa produtividade.
 - Dificuldade de investimentos em equipamentos médico-hospitalares e de informática.
 - Desmotivação dos trabalhadores devido à inexistência de mecanismos de gerência na administração direta que estimulem uma maior produtividade, qualidade e eficiência.
 - Problemas com o registro da produção de serviços, que em geral é inferior ao realizado, em virtude de uma cultura institucional que não valoriza esse procedimento administrativo em unidades públicas.
 - Falta de flexibilidade administrativa, especialmente em relação à gestão orçamentária/financeira, de recursos humanos e processos de compras.
 - Dificuldades na aplicação de uma política salarial diferenciada e flexível para profissionais em diferentes áreas de especialização.⁸

Nessa sintonia, procede o diagnóstico da saúde no Brasil apresentado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), publicado em 1998:

O problema fundamental enfrentado pela assistência ambulatorial e hospitalar é o da baixa qualidade dos serviços. Estes não estão disponíveis para a população nem na quantidade nem na qualidade minimamente desejável. O cidadão é obrigado a longas esperas para atendimento, que, na maioria das vezes, se demonstra precário, embora com condições de resolubilidade. (...) A grande massa da população brasileira, entretanto, continua a depender do SUS, que, carente de recursos, e com um sistema administrativo ainda indefinido, não atende aos princípios propostos. Na prática, não é universal, [e] não garante equidade (...).⁹

Assim, a garantia do direito à saúde depende da aproximação da Administração Pública com a realidade, o que implica o reconhecimento da especificidade dos serviços

⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Secretário de Saúde. **Gestão e financiamento do Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2008. p.14.

⁹ BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **A reforma administrativa do sistema de saúde**. Brasília: Mare, 1998. p.12.

de saúde e demanda a atuação conjunta entre a Administração Pública e a iniciativa privada.

Apensa por meio de parcerias,¹⁰ adotadas em casos específicos, com base legislativa clara e controle estatal eficiente, um sistema público de saúde possuirá condições adequadas de funcionamento. Tal metodologia é adotada em diversos Estados estrangeiros, como se verá adiante.

Assim, no âmbito da prestação dos serviços de saúde, as parcerias com a iniciativa privada devem ser fundamentadas:

- (i) na ampliação da cobertura assistencial;
- (ii) na diminuição de custos;
- (iii) na melhoria da qualidade do atendimento;
- (iv) no aumento do controle sobre os serviços.

Em qualquer dessas hipóteses, é possível ao Administrador Público, desde que amparado pela Constituição e pela legislação local (como se verá a seguir), a opção, por ato motivado, pela prestação privada dos serviços públicos de saúde.

3. Modelos administrativos de prestação de serviços de saúde

Desde o momento em que o Estado assumiu a função de garantir o direito à saúde das pessoas, diversas atividades voltadas tanto à assistência individual quanto à atenção coletiva foram desenvolvidas.¹¹ Da polícia médica ao fomento, da prestação

¹⁰ Parcerias, na opinião de Carlos Ari Sunfeld, são ajustes nos quais se verificam a existência de interesses comuns, a formação de uma relação contínua e a execução prolongada no tempo. Segundo o autor, são exemplos de parcerias público-privadas a concessão de serviço público, os contratos de gestão com organizações sociais e os termos de parceria com as OSCIP (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.18). Na opinião de Paulo Modesto, são características gerais das parcerias: "(a) voluntariedade da adesão ao ajuste; (b) a convergência de interesses; (c) a complementariedade de encargos; (d) a atenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da Administração, com vistas a não inibir o interesse do parceiro privado; (e) a flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste de interesses." (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. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.449).

¹¹ No presente estudo, a expressão *atenção à saúde* é utilizada em sentido amplo, para referir-se a *todas as atividades estatais das quais resultam a promoção, a proteção e a recuperação da saúde*. Já *assistência à saúde* é empregada para fazer referência à *prestação de serviços voltados diretamente à promoção, proteção ou recuperação da saúde das pessoas*. Essa é a classificação adotada pela Norma Operacional Básica do SUS n.º 01/96, veiculada pela Portaria GM/MS n.º 2.203, de 05 de novembro de 2006.

direta de serviços à delegação a particulares, numerosas formas de atuação estatal foram postas com o objetivo de atender a saúde das pessoas, conforme o desenvolvimento tecnológico e científico de cada momento histórico.

É que a mera consagração do direito à saúde não implica automaticamente sua concretização. Ao contrário dos direitos classificados como de primeira dimensão, também denominados *direitos de defesa* (em face da atuação ilimitada do Estado absolutista), os direitos a prestações dependem da criação de condições objetivas para sua garantia, tanto do ponto de vista jurídico (interposição legislativa) quanto do ponto de vista material (prestação de serviços).

No século XX, ao passo em que houve a consagração do direito à saúde em tratados internacionais e em Constituições de diversos Estados, ocorreu importante avanço tanto no conhecimento científico quanto no custo da assistência à saúde. Isso porque, ao contrário do que normalmente ocorre em outros setores, na saúde o avanço tecnológico não implica redução de custos.¹² Isso se explica, em grande parte, pela própria fluidez do conceito de saúde hoje adotado,¹³ o qual, para alguns, refere-se muito

¹² Como esclarece Maria Helena Castro: "Nos diversos setores econômicos, a difusão da tecnologia é lenta porque é um fator importante da competição entre as empresas. Assim, aquela empresa que descobre um novo e em geral mais barato método de produção o defenderá da concorrência posto que isto será fator fundamental para o incremento dos lucros, ganhos de 'market share', etc. Por outro lado, trata-se de um processo de substituição: a nova tecnologia ocupa o espaço da velha, que se torna obsoleta, inclusive por ser mais cara. Na saúde, o processo de difusão é mais rápido, um novo procedimento médico ou uma nova técnica de tratamento são incorporados pelos diversos profissionais de forma acelerada, mas, em compensação, as tecnologias na área da saúde não são substituídas, pelo contrário, são cumulativas. Como se pode constatar no caso da utilização da ressonância magnética que não exclui a tomografia computadorizada nos testes de diagnóstico (...)." (CASTRO, Maria Helena L. **A relação entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro: repensando o papel do estado**. 2006. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.7). Daí Ronald Dworkin, em estudo sobre o tema, concluir que a alta dos preços na medicina não decorre do encarecimento da medicina tradicional, mas do surgimento de novos tratamentos médicos (DWORKIN, Ronald. *A justiça e o alto custo da saúde*. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.433). Nesse condão, não há dificuldades em se perceber que o avanço tecnológico no diagnóstico leva tanto à detecção precoce de doenças quanto à visualização de distúrbios à saúde até então não considerados; além disso, o tratamento precoce e por meio de novos procedimentos conduz a uma vida mais longa e à possibilidade de que outras doenças, outros métodos diagnósticos e outros tratamentos sejam criados e utilizados pelas pessoas.

¹³ A *saúde* é hoje entendida como um estado dinâmico do organismo humano que resulta da interação momentânea de fatores internos e externos. Não se trata de mera ausência de doença, mas da *completa condição de bem-estar físico, mental e social*. Esse é o conceito adotado em 26 de julho de 1946 pela Constituição da Organização Mundial da Saúde.

mais a um objetivo a ser constantemente buscado do que a uma condição cartesianamente definida.¹⁴

Conseqüência disso é a dificuldade encontrada hoje pelos Estados em disciplinar os mecanismos de sua atuação com o objetivo de garantir a saúde das pessoas. Tal dificuldade passa, por óbvio, pela premissa de se definir a própria extensão do *direito à saúde*. Nesse contexto, o discurso do *direito à saúde* nos dias de hoje não pode ser mantido exclusivamente no plano da abstração, pois é no plano da atuação concreta, regulada pelo Direito Administrativo, que a questão torna-se especialmente complexa.¹⁵

Considerando cumprir ao Direito Administrativo efetivar direitos constitucionais dependentes da atuação estatal, devem ser estudadas e propostas formas de fazê-lo, começando pela interpretação do texto constitucional e chegando à sua concretização material.¹⁶

Nessa perspectiva, é hoje possível verificar que as funções do Estado voltadas à garantia do direito à saúde envolvem:

- (i) a formulação de políticas públicas;
- (ii) o financiamento das atividades;
- (iii) a regulação de todo o setor; e
- (iv) a prestação (direta ou indireta) dos serviços.

No que tange à necessária participação da iniciativa privada na prestação dos serviços, é evidente a dificuldade de se encontrar o equilíbrio entre um Direito Administrativo que permita, de um lado, a flexibilidade necessária à concreção de suas

¹⁴ Como se referiu Moacyr Scliar, o conceito atual de saúde aproxima-se do conceito subjetivo de felicidade e configura antes uma *imagem-horizonte* do que um *alvo concreto* (SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. 2.ed. São Paulo: Senac, 2005. p.94).

¹⁵ Daí a crítica de autores como Gomes Canotilho ao *discurso constitucionalista*: "A teoria da constituição revela dificuldades em compreender as lógicas da materialização do direito. Continua a considerar o direito constitucional como 'lugar do supradiscurso social' a partir de uma concepção unilateralmente racionalizada e piramidal da ordem jurídica. Isso justifica a opacidade que alguns autores atribuem a este direito: 'alheia-se' da mudança e da inovação jurídicas, desconhece a 'localização de materialização' em áreas periféricas do ordenamento ou em ordenamentos periféricos." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, [s.d.]. p.1350).

¹⁶ Tem razão Jaques Chevallier ao advertir que: "(...) os juristas devem ser conduzidos a ampliar as perspectivas: não se trata mais somente de estudar as leis e a jurisprudência, mas ainda considerar, por pesquisas empíricas, as condições de aplicação dessas regras, aproximando-se ao máximo da realidade administrativa: a ênfase é colocada sobre o funcionamento concreto, em determinada situação, da administração." (CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p.18-19).

funções e, de outro, adote a rigidez que impeça desvios e apropriação privada de bens e recursos públicos.

Nesse cenário, como já assinalado, a Administração Pública deve respeitar a realidade e (re)conhecer as iniciativas sociais que colaboram com o Estado na consecução de suas funções. Portanto, o Direito Administrativo deve levar em conta o resultado concreto de sua atuação, a ser obtido pelo *regime jurídico* e pela *natureza jurídica da entidade* prestadora de serviços *mais aptos para tanto*. Afinal, interessa no momento atual de desenvolvimento econômico, social e tecnológico, a implementação de atividades que mais bem realizem as funções estatais. Em estudo recente, não foi outro o entendimento ressaltado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Com efeito, as pessoas de todas as latitudes querem ter seus interesses satisfeitos, pouco importando quem o faça ou deles se ocupe: se uma entidade privada ou governamental e se será uma entidade nacional, multinacional ou estrangeira".¹⁷

A própria separação entre atividade pública e atividade privada, entidade pública e entidade privada, perdeu importância. A distinção, em sua vertente construída no período em que Estado e sociedade configuravam mundos separados, entre *público* e *privado*, bem como todos os seus corolários, há muito tempo deixou de ser útil para a interpretação do direito. Como bem ressaltou Vital Moreira: "(...) a separação Estado/sociedade, público/privado, dá lugar a um espectro de gradações, que vão do Estado ao cidadão, passando por categorias intermediárias, do 'quase-Estado ao quase-não-Estado, conceitos correntes na literatura anglo-saxônica".¹⁸

Há que se ressaltar que o novo modelo de organização administrativa, que aproxima os modelos de matriz francesa e anglo-saxônica, não implica a desresponsabilização do Estado pelo cumprimento de suas tarefas, mas o contrário. Essa

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.104. No mesmo sentido é a opinião de Marcos Juruena Villela Souto, que assim consignou: "Ao indivíduo pouco interessa se o hospital está situado em imóvel próprio do Estado, se foi construído por execução direta ou através da contratação de terceiros, ou se os medicamentos são produzidos por fábricas estatais ou privadas, nacionais ou estrangeiras, o mesmo se podendo dizer do vínculo que une o Poder Público da União, dos Estados ou dos Municípios aos serviços e recursos humanos voltados para a concretização das ações de saúde" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.202).

¹⁸ MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997. p.32.

é a opinião de Gomes Canotilho ao tratar da participação privada na consecução de funções estatais:

A transferência de tarefas para os sujeitos privados não significa um abandono da 'responsabilidade estatal' pela prossecução do interesse público inerente à realização do princípio da socialidade. Não se trata, pois, de uma desconstrução do Estado Social a favor das forças autoregulativas do mercado livre. A garantia de dimensões prestacionais indispensáveis à realização e concretização de direitos econômicos, sociais e culturais, não assenta já, exclusiva e predominantemente, numa 'tarefa' [atividade] de socialidade do Estado, antes tem como suporte as prestações fornecidas, com caráter de universalidade, por infra-estruturas privadas.¹⁹

Assim, o desafio a ser superado pelo Estado contemporâneo na área da saúde é: aproveitar ao máximo a atuação da iniciativa privada, mas garantir que tal atuação ocorra de maneira eficiente e sem desvios. A necessidade de flexibilização da Administração Pública, a superação do modelo procedimental-formalista e a inevitabilidade das parcerias com a iniciativa privada são idéias que já se encontram difundidas tanto na teoria da Administração,²⁰ quanto na teoria do Direito Administrativo.²¹ A solução é encontrar os mecanismos adequados, em cada atividade, que proporcionem sua consecução com eficiência.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, [s.d.]. p.354.

²⁰ Peter Drucker, em obra editada originalmente em 1969, assim já se pronunciava: "O objetivo do governo é (...) governar. Isso, como depreendemos de outras instituições, é incompatível com a ação. Qualquer tentativa de combinar o governo com a execução em larga escala paralisa a capacidade de decisão. Qualquer tentativa de obrigar os órgãos que tomam decisões a 'executarem' realmente também implica um 'ação' muito insatisfatória. Eles não se orientam para a execução. Não estão equipados para ela. Não estão fundamentalmente interessados nela. Atualmente há boas razões pelas quais os soldados, os servidores civis e os administradores de hospitais buscam na administração de empresas conceitos, princípios e práticas. Porque a empresa, nestes últimos trinta anos, teve de enfrentar, em escala muito mais reduzida, o problema com o qual se defronta agora o moderno: a incompatibilidade entre o 'governo' e a 'execução'". E continua o autor, sustentando que essa técnica de descentralização aplicada ao governo: "Seria, (...) uma política sistemática de utilização de outras instituições, das instituições não-governamentais da sociedade de organizações, para a verdadeira 'execução', isto é, para o desempenho, para as operações, para as atividades." E conclui o autor: "Não estamos diante de um 'definhamento do Estado'. Pelo contrário, precisamos de um governo vigoroso, forte e muito ativo. (...) a esfera econômica não pode ser considerada e não será considerada exterior ao domínio público. Mas as escolhas da economia – bem como de todos os outros setores – não são alvo mais nem da completa indiferença do governo nem de seu controle completo." (DRUCKER, Peter. **Uma era de descontinuidade: orientações para uma sociedade em mudança**. Trad. J. R. Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1970. p.265 e 273).

²¹ Esse é o entendimento, por exemplo, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem: "(...) a legitimidade deve estar também nos fins e não apenas nos procedimentos, e os resultados também só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem eficientemente as finalidades constitucionalmente cometidas ao Estado (...). Em uma palavra: o que realmente importa é a eficiência aferida pelo resultado." (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito**

A dificuldade em garantir o direito à saúde, por meio da prestação de serviços cada vez mais caros e complexos, implicou uma série de reformas administrativas no setor. Independente do modelo de organização e financiamento dos sistemas de atenção à saúde e independente da matriz francesa ou anglo-saxônica do direito que disciplina sua atuação, diversos Estados, como Alemanha, Holanda, França, Inglaterra, Holanda, Canadá, Espanha e Portugal,²² têm buscado nas últimas décadas a conciliação entre a *procura permanente pela qualidade, eficiência e igualdade na prestação dos serviços* e a *preservação da viabilidade dos sistemas dentro de um contexto de limitações orçamentárias*.²³

Em todos os casos, o processo de reforma da Administração Pública em sua atividade de prestação de serviços públicos de saúde passa pelo incentivo e pela adoção de novos modelos de participação privada, o que demanda, em grande parte dos casos, renovadas formas de *contratualização* entre os provedores e os prestadores dos serviços.

Apesar de existir grande variação nas relações entre a entidade financiadora/seguradora dos serviços de saúde e as entidades prestadoras dos serviços, os modelos existentes podem ser reconduzidos a três grandes categorias, como ressaltam Elizabeth Docteur e Howard Oxley:

- (i) o **modelo público integrado**, que combina o financiamento dos serviços por meio de recursos orçamentários estatais, no qual a função de garantia e de provisão dos serviços é organizada e operada como em qualquer departamento estatal;
- (ii) o **modelo contratual público**, no qual o pagamento pelos serviços é público, realizado por uma agência estatal ou por fundos de seguro, e a prestação dos serviços é privada; e

administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.30 e 112).

²² Sobre as reformas administrativas acerca da prestação de serviços de saúde em cada um desses Estados, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55-81.

²³ BOYER, Marcel. Le secteur privé dans un système de santé public: France et Pays Nordiques. **CIRANO Working Papers 2008s-06**, Montreal, fev. 2008. p.1. É importante destacar, outrossim, que enquanto os sistemas de saúde dos Estados europeus e canadense, de uma maneira geral, alcançaram níveis satisfatórios de proteção à saúde, grande parte dos Estados sul-americanos ainda busca alcançar níveis adequados de oferta, eficiência e igualdade. Tal diferença deve ser levada em conta em qualquer análise comparada, mas não retira a importância dos modelos estrangeiros mais avançados, a fim de que não se repitam equívocos alhures já superados.

(iii) o *modelo privado de seguro/provisão*, no qual seguradoras privadas financiam prestadores privados de serviços de saúde.²⁴

Segundo Chris Ham, uma das características mais importantes do processo de reformas no setor de saúde foi a transição dos modelos integrados de financiamento e provisão de serviços para o modelo contratual.²⁵ Nesse caminho, foi possível comprovar que a contratualização da saúde proporcionou (i) maior transparência nos gastos públicos e (ii) soluções mais custo-efetivas.²⁶

De outro lado, no cenário mundial, um dos poucos modelos de prestação de serviços públicos de saúde ainda mantidos integralmente por meio de financiamento público e prestação administrada de forma vertical pode ser encontrado em Cuba.²⁷

4. A saúde na constituição de 1988

No Brasil, 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. O texto constitucional de 1988 produziu, assim, importante avanço na disciplina da saúde, estabelecendo:

(i) seu reconhecimento expresso como direito fundamental;²⁸

²⁴ DOCTEUR, Elizabeth; OXLEY, Howard. **Health-Care Systems: Lessons from the Reform Experience**. Paris: OECD, 2003. p.10.

²⁵ Ao tratar do sistema nacional de saúde inglês, assim consignou referido autor: "O Serviço nacional de saúde inglês tradicionalmente funcionou por meio de linhas integradas, combinando financiamento público com a propriedade pública de hospitais e emprego assalariado de médicos. O modelo de contrato público, em contraste, envolve seguradores que asseguram que os serviços são disponibilizados aos pacientes pela negociação de contratos com provedores independentes. Esse é o sistema que existe na Alemanha, onde fundos de doença contratam com hospitais e médicos em nome de seus membros. Um terceiro modelo de aproximação é representado pelo reembolso público no qual os pacientes são reembolsados dos custos por seus seguradores, que não mantêm contratos com os provedores." (HAM, Chris. The background. In: _____. **Health Care Reform: Learning from International Experience**. Buckingham: Open University Press, 1997. p.7-8).

²⁶ DOCTEUR, Elizabeth; OXLEY, Howard. **Health-Care Systems: Lessons from the Reform Experience**. Paris: OECD, 2003. p.39.

²⁷ CONILL, Eleonor Minho. Sistemas comparados de saúde. In: CAMPOS, Gastão W. de Souza; MINAYO, Maria Cecília de S.; AKERMAN, Marco; DRUMOND JÚNIOR, Marcos; CARVALHO, Yara Maria de. **Tratado de saúde coletiva**. Rio de Janeiro: Hucitec, 2006. p.597.

²⁸ Título II - *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Art. 5.º (...) Art. 6.º São direitos sociais a educação, a **saúde**, 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 – (com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 26, de 2000, que incluiu dentre o rol de direitos sociais o direito à moradia).

- (ii) a competência comum para prestação dos serviços de saúde e a competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde;²⁹
- (iii) a hipótese de intervenção federal e estadual no caso de descumprimento das transferências financeiras mínimas para Estados e Municípios;³⁰
- (iv) o dever compartilhado de proteção à saúde entre a própria pessoa, o Estado, a família e a sociedade;³¹ e
- (v) a disciplina das ações e serviços voltados à sua defesa, promoção, proteção e recuperação.³²

No artigo 196, a Constituição de 1988 reafirmou expressamente o direito de todos à saúde, determinando ao Estado o dever de sua garantia, a ser implementado por meio de políticas sociais e econômicas com objetivo de: (i) reduzir o risco de doenças e outros agravos; e (ii) universalizar e igualar o acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. É o que consta expressamente do referido dispositivo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, em sua dimensão objetiva, a efetivação do direito à saúde – que envolve tanto o direito à prevenção de doenças e agravos quanto o direito à promoção, proteção e recuperação da saúde – deve ocorrer por meio da implementação de políticas públicas,³³ as quais se encontram diretamente ligadas ao orçamento do Estado,³⁴ e cujas diretrizes encontram-se definidas no próprio texto constitucional.

²⁹ É o que estabelecem os artigos 23, II; 24, XII; e 30, VII do texto constitucional.

³⁰ São os chamados *princípios sensíveis* da Constituição Federal, constantes do Art. 34. VII e o disposto no Art. 35. III do texto constitucional.

³¹ Isso fica claro nos artigos. 227 e § 1.º; 229; e 230 da Constituição Federal, bem como no Art. 2.º, § 2.º da Lei n.º 8.080/90.

³² Tal disciplina encontra-se expressa nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal e compõe, ao lado da *Previdência Social* (artigos 201-202) e da *Assistência Social* (artigos 203-204), o capítulo denominado *Da Seguridade Social*, cuja definição, objetivos gerais e mecanismos de financiamento encontram-se previstos nos artigos 194 e 195 do texto constitucional.

³³ Política pública é expressão polissêmica, vazia de conteúdo próprio, que compreende todos os instrumentos de ação dos governos e revela sua orientação em relação a cada dever estatal a ser cumprido. Na opinião de Richard Rose, a política pública é parte de uma relação de causa e efeito, na qual a atividade do Estado não é considerada em si mesma, mas em relação às intenções daqueles que

Mais do que qualquer outra Constituição, com o objetivo de garantir a efetivação do direito à saúde, a Carta brasileira de 1988 traçou detalhadamente as funções do Estado em relação à garantia do direito à saúde, em especial:

- (i) estabelecendo as diretrizes da política de saúde a ser adotada;³⁵
- (ii) atribuindo à lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde;³⁶
- (iii) determinando que a regulamentação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei;³⁷ e
- (iv) assumindo o dever de prestar serviços públicos de saúde, diretamente ou indiretamente, mediante a participação complementar do setor privado.³⁸

No que se refere à prestação de serviços, a *Constituição Federal de 1988* buscou iniciar um processo de publicização dos prestadores por meio da contratualização, a ser

a criaram e dos impactos por ela alcançados. Para o autor, uma atividade pode ser observada ou verificada mais claramente que uma política pública, que é formada por um complexo de ações, intenções e conseqüências (ROSE, Richard. On the Priorities of Government: A developmental Analysis of Public policies. **European Journal of Political Research**, Amsterdam, n.4, p.248, 1976). Dessa forma, uma política pública concretiza-se por meio de leis e atos administrativos. A vinculação que atualmente se faz entre a atividade administrativa e a implementação de políticas públicas é pertinente e decorre da transformação de uma *Administração Pública passiva* a uma *Administração Pública ativa*, responsável pela prestação de serviços aos cidadãos.

³⁴ Nesse sentido, este autor consignou em trabalho acerca da relação entre direitos fundamentais e orçamento: "(...) com o surgimento do Estado Social e as novas formas de atuação na conformação da ordem econômica e social, o orçamento público abandona seu caráter de neutralidade e torna-se instrumento da Administração Pública, de forma a auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle. Tal transformação das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, metas e programas – agora constantes dos textos constitucionais – passam a ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que os concretizem. Portanto, a noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado social que surge, por meio de políticas públicas – e do orçamento – a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social." (MÂNICA, Fernando B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n.18, p.170, jul./set. 2007). Nesse prisma, como sustentaram Stephen Holmes e Cass Sustein levar a sério os direitos fundamentais a prestações implica levar a sério a escassez, e com ela o orçamento (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN Cass. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton and Company, 2000. p.94).

³⁵ Art. 198 da Constituição Federal.

³⁶ Parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo 198 da Constituição Federal.

³⁷ Art. 197 da Constituição Federal.

³⁸ 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 do sistema público de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

levada a cabo a partir de ajustes aptos a definir os deveres dos entes privados, bem como proporcionar seu controle e fiscalização.³⁹

Um dado que não pode ser olvidado é a submissão da participação privada no sistema público de saúde aos princípios do sistema público de saúde - denominado pela Constituição de *sistema único de saúde (SUS)*. Esse foi o grande objetivo defendido (e vitorioso) na Oitava Conferência Nacional de Saúde, em 1986. É que, historicamente, a participação privada nos serviços de saúde no Brasil ocorreu de modo não submetido aos interesses da gestão do sistema público de saúde, mas sob a influência dos interesses dos próprios prestadores dos serviços. Com a Constituição de 1988, buscou-se, portanto, determinar a submissão formal e material dos prestadores privados aos ditames públicos do SUS.⁴⁰

Cármen Lúcia Antunes Rocha manifestou tal entendimento à época da elaboração da Constituição de 1988:

O contrato administrativo para prestação dos serviços de saúde deverá esclarecer, em cada hipótese, as ações a serem levadas a efeito pelo contratado particular, explicitando-se no documento contratual as condições de sua execução, os prazos, as modalidades de comportamento s a serem adotados ou aceitáveis pela entidade pública. (...) Repita-se, ainda, aqui, que a garantia constitucional é da prestação de uma ação de saúde. Há que se assegurar a prestação, direta ou indireta, da prestação necessária e eficiente para o cumprimento integral da norma constitucional e contrato, por se embasar na lei e na própria Constituição, haverá que ser formalizado e interpretado neste sentido. A descrição do objeto do contrato e das condições de prestação do serviço devem ser explicitadas no documento formal do contrato, vez que não se admite, no direito brasileiro vigente, contrato verbal com a Administração Pública (...).⁴¹

Como assinalado, a previsão constitucional de parcerias na saúde revela o coroamento de um processo de *publicização* dos ajustes até então celebrados, que teve

³⁹ Essa é a opinião consignada em estudo publicado pela Organização Mundial da Saúde: "Contratualização não significa privatização dos serviços de saúde. Como o Estado não pode eximir-se da responsabilidade pela garantia de funções essenciais na saúde, a contratualização com terceiros pode proporcionar a obtenção de maior controle sobre os prestadores privados nos países em desenvolvimento com fraca capacidade regulatória." (SIDDIQI, Sameen; MASUD Tayyeb Imran; SABRI, Belgacem. Contracting but not without caution: experience with outsourcing on health services in contries of the Eastern Mediterranean Region. **Bulletin os the World Health Organization**, n.84, november, 2006. p.872).

⁴⁰ Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 83-98.

⁴¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O serviço público de saúde no direito brasileiro**. Brasília: OPS, 1988. p.67.

como objetivo submeter os prestadores privados às regras do sistema público de saúde brasileiro, com objetivo final de atender ao interesse das pessoas dependentes dos serviços e não aos interesses de seus próprios prestadores.

5. Modalidades de parceria na saúde admitidas pela Constituição de 1988

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

Por tais feixes deve ser iluminada a interpretação constitucional dos dispositivos 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.

Pode-se perceber que o permissivo constitucional traduzido nos artigos acima mencionados não se refere à hipótese de incentivo estatal à *prestação privada de serviços de saúde*, mas de *serviços públicos* de saúde prestados por particulares.⁴² Afinal, o processo histórico que culminou com o texto em referência teve exatamente esse objetivo: *publicizar* o serviços de saúde prestados por agentes privados no âmbito do SUS. Em outras palavras, o que se buscou foi a transformação dos serviços privados *conveniados* ou *credenciados* em *serviços públicos de saúde*. Essa ordem de idéias leva ao reconhecimento de que se trata da possibilidade de *prestação de serviços públicos de*

⁴² O que não implica, como se verá, a vedação do fomento estatal a atividades privadas de saúde.

saúde por particulares, a ser instrumentalizada por meio de ajustes celebrados com o setor privado, 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 infra-estrutura 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.⁴³

Assim, além da possibilidade geral de contratação de entidades privadas para a construção de infra-estrutura e para a prestação de serviços como segurança e limpeza, resta evidenciada a possibilidade de contratação privada de serviços prestados diretamente ao paciente, como as atividades de apoio diagnóstico e os serviços clínicos de assistência à saúde. Interpretação diversa implica negação de vigência dos dispositivos constitucionais acima mencionados, que se tornariam absolutamente inúteis.

Tal interpretação não encontra eco na doutrina que adota a conhecida *interpretação abstrata* da Constituição e que se nega a enxergar a realidade. Para essa parte da doutrina, a prestação de atividade-fim do Estado, como é o caso da saúde, deve ocorrer diretamente, e não por meio de terceiros. Esse entendimento revela-se, hoje, inaceitável, na medida em que os serviços de saúde dependem da participação privada e a garantia do direito à saúde depende de que essa participação privada seja submetida

⁴³ 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, adota-se no presente trabalho o termo *gestão*, seguido da respectiva qualificação, para se referir tanto à administração de uma unidade 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 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).

aos princípios e diretrizes do SUS (prestados, pois, como serviços públicos). Nesse sentido, tem razão Marçal Justen Filho ao sustentar que:

É fundamental eliminar o preconceito de que as organizações estatais possuem justificativa de existência em si mesmas. O Estado não existe para satisfazer 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, entre os quais avulta a dignidade humana. (...) O direito administrativo disciplina a atividade administrativa 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 do sujeitos que a desenvolve.⁴⁴

Insta reconhecer, portanto, que a prestação de serviços por servidores concursados nem sempre se revela possível (ou mesmo mais adequada) à efetiva prestação do serviço público de saúde. Desse modo, a contratação de terceiros torna-se a opção a ser tomada pelo administrador público em determinadas hipóteses concretas; afinal, o serviço de saúde pública não é atribuição exclusiva do Estado, muito menos atribuição exclusiva de servidores ou empregados públicos.

Nessa ordem de idéias, entende-se plenamente possível sustentar que da *forma complementar* de participação privada nos serviços públicos de saúde, prevista no parágrafo primeiro do artigo 199 do texto constitucional, interpretada em consonância com o artigo 197, 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).⁴⁵

Ora, o artigo 197 da Constituição Federal contém determinação expressa para que a prestação de serviços de saúde seja levada a cabo *diretamente pelo Estado ou por terceiros*.⁴⁶ Portanto, considerando tratar-se de dever estatal voltado diretamente ao atendimento de necessidades sociais vitais, a hipótese constitucionalmente prevista não

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.3-4.

⁴⁵ Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-178.

⁴⁶ 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. Por terceirização, portanto, deve entender-se a execução de serviços realizada por pessoas físicas sem vínculo de natureza estatutária ou trabalhista com Estado ou por pessoas jurídicas de direito privado (os grifos não constam do original).

se refere à *terceirização de atividades-meio* ou *acessórias*, mas de *atividades-fim* do Estado, especificamente relacionadas ao seu dever de prestar serviços de saúde a quem deles necessitar.⁴⁷

Assim, considerando que os serviços públicos são relacionados a *atividades-fim da Administração Pública*,⁴⁸ pode-se sustentar que o referido permissivo constitucional admite a *delegação de uma atividade-fim do Estado*, qual seja, o serviço público de saúde, por meio de diversos modelos de ajuste.⁴⁹

Como demonstrado acima, ao prever a prestação de serviços de saúde no âmbito público, sob a responsabilidade estatal, a opção constitucional brasileira foi por submeter os prestadores privados a um regime no qual fossem respeitadas as diretrizes do subsistema público de saúde (SUS), definidas pelo Estado brasileiro tanto na lei quanto na própria Constituição. Com tal desiderato, o parágrafo único do artigo 199 do texto constitucional previu a participação do setor privado nos serviços públicos de saúde por meio de *contratos de direito público* ou *convênios*. No primeiro caso tem-se a prestação de serviços públicos; no segundo a atividade de fomento estatal.

A classificação das atividades do Estado em *prestação de serviços públicos, polícia e fomento* tornou-se clássica a partir do trabalho de Luis Jordana de Pozas, que assim definiu a atividade de fomento: "(...) a ação da Administração destinada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas prestadas por particulares e que satisfazem necessidades públicas ou se consideram de utilidade geral, sem usar a coação ou criar serviços públicos".⁵⁰ A diferença entre fomento e prestação de serviços públicos é ressaltada por Juan Carlos Cassagne:

Difere também o fomento do serviço público na natureza e nos fins e, conseqüentemente, no regime jurídico que acompanha a realidade que conduz esse compromisso estatal. Efetivamente, enquanto o serviço público se concebe objetivamente como uma atividade prestacional intercorrente, de onde surge a

⁴⁷ Nesse sentido considera-se útil a conhecida classificação de Renato Alessi, entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*, aos quais podem ser reconduzidas as noções de *atividade-meio* ou *acessória* e de *atividade-fim* da Administração Pública. Sobre o tema: ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milano: Giuffré, 1953. p.151 e segs.

⁴⁸ Sobre o tema, conferir: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.313.

⁴⁹ Dentre os quais: (i) a concessão e permissão de serviços públicos – nos termos do artigo 175; (ii) os contratos de direito público e os convênios – nos termos do parágrafo primeiro do artigo 199.

⁵⁰ JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, n.48, p.46, 1949.

necessidade, continuidade, etc. da prestação, o fomento aparece como uma ajuda, um estímulo, com o objetivo de que os particulares possam realizar suas próprias finalidades comerciais e industriais.⁵¹

No gênero *contratos de direito público* mencionados pela Constituição encontram-se todas as hipóteses (i) de contratação de serviços de apoio, nos termos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; ou (ii) de concessão dos serviços públicos de saúde à prestação privada.

No primeiro caso tem-se contrato administrativo de atividade-meio, como é o caso dos serviços de apoio diagnóstico (remunerados conforme o serviço prestado). No segundo caso, tem-se o caso do trespasse da execução e da gestão de um serviço prestado por uma unidade de saúde ou de complexo unitário de serviços que compõem uma unidade de saúde (com autonomia de para organização do serviço e remuneração decorrente, em alguma medida do resultado dessa organização).

Assim, pode-se sustentar que: havendo a mera compra de serviços de apoio, estar-se-á diante de uma mera delegação de serviços público de saúde. Havendo outorga da autonomia para a gestão do serviço e a remuneração compatível com os resultados alcançados, estar-se-á diante de uma concessão de serviço público de saúde. Em ambos os casos, o serviço delegado mantém-se qualificado como público e sob a titularidade do Estado. Assim, todos os princípios e diretrizes do SUS devem ser respeitadas pelo agente privado prestador do serviço.

É importante notar, que a compra de serviços pelo Estado, nos termos da Lei n. 8.666/93, não configura uma parceria. Trata-se de mero contrato administrativo de compra de (bens ou) serviços, em relação aos qual o Estado não realiza qualquer tipo de ingerência sobre o regime jurídico do serviço a ser prestado. Trata-se de um contrato em favor de terceiros, em que o Estado contrata, por exemplo, determinado número de exames diagnósticos a serem realizados sem pagamento de preço pelo paciente. Tais procedimentos, entretanto, devem ser qualificados como serviços públicos, pois, além de prestados diretamente ao usuário, sobre eles incide a responsabilidade objetiva do Estado, prevista pelo parágrafo 6º. do artigo 37 da Constituição Federal. Tal qualificação decorre de uma peculiaridade dos sérvios de saúde, cuja prestação, não raro envolve um *cluster* de atividades inter-relacionadas e interdependentes, que podem,

⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intercencion Administrativa**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994. p.91.

inclusive, ser prestadas de modo individualizado – fazendo parte ou não de um tratamento que envolva outros serviços.

Já a concessão de serviço público de saúde, por meio da qual a gestão da atividade é delegada, com remuneração variável conforme os resultados obtidos, pode ser realizada com base:

- (i) na Lei n. 9.637/98, conhecida como Lei das Organizações Sociais e que disciplina os Contratos de Gestão;⁵²
- (ii) na Lei n. 11.079/04, conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas e que prevê as Concessões Administrativas.

De outro bordo, no gênero *convênios*,⁵³ mencionado também pelo parágrafo único do artigo 199 da Constituição Federal, encontram-se abrangidos todos os modelos de ajuste em que o Estado fomenta determinada atividade privada de saúde, a qual permanece privada, mas sujeita à obediência das determinações previstas pelo respectivo instrumento. Esse é o caso dos seguintes ajustes:

- (i) Convênios, previstos pelo Decreto n. 6.107, de 25 de julho de 2007, que regulamenta a Lei n. 8666/93;
- (ii) Termos de Parceria, previstos pela Lei n. 9.790/99.

Esses são os quatro modelos de parceria a serem utilizados conforme o objeto do ajuste, previstos pela legislação federal para a prestação privada de serviços de saúde.

6. Escolha da entidade parceira

Definidos os modelos de parceria na saúde, é possível avaliar de modo concreto o regime jurídico a ser adotado em cada caso de participação privada na prestação de serviços de saúde.

Em primeiro plano, é preciso consignar que para a escolha da entidade parceira, seja nos casos de concessão de serviço público, seja nos casos de fomento a

⁵² Ainda que o artigo 50 da Lei das Organizações Sociais mencione que o Contrato de Gestão tem como objeto a execução e o fomento das atividades pactuadas, na saúde, sua utilização tem como objeto a delegação de um serviço público de saúde, com o trespasse da gestão de uma unidade pública de saúde ao particular.

⁵³ Para compreensão da natureza jurídica e aplicação dos convênios, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 221-228.

entidades prestadoras de serviços privados de saúde, é necessária a realização de procedimento público de escolha.

Tal necessidade decorre dos princípios gerais da igualdade e da impessoalidade, os quais detêm, na hipótese, densidade normativa ampliada pelo princípio setorial da licitação.⁵⁴

É importante ressaltar, contudo, que o processo de escolha da entidade não deve, obrigatoriamente, seguir o procedimento previsto pela Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei n. 8.666/93. Tal lei contém normas gerais de licitação que podem ser aplicadas subsidiariamente às parcerias na saúde, o que não impede, contudo, que a União, no exercício de sua competência, crie outras normas gerais, especificamente voltadas às parcerias na saúde. Além disso, não se deve olvidar que os Estados-membros e o Distrito Federal possuem competência suplementar nos casos em que a União possui competência para legislar sobre normas gerais.⁵⁵

De toda sorte, há que se reconhecer a inadequação da Lei n.º 8.666/93 para a contratação de serviços públicos de saúde, pois a disciplina dela constante, como se pode perceber nos regimes de contratação – *empreitada ou tarefa* – não é perfeitamente compatível com a prestação dos serviços ora tratados.⁵⁶ De um lado, a própria lei refere-se à *tarefa* como *pequenos trabalhos por preço certo*; de outro, a noção de empreitada, como ressalta Sergio Pinto Martins, relaciona-se a uma *atividade braçal*, vinculada a

⁵⁴ Tal princípio, referido no artigo 22, XXVII e no artigo 37, XXI, ambos do texto constitucional, que assim dispõem: 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. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁵⁵ Artigo 24, parágrafo 2º.

⁵⁶ As modalidades de empreitada e de tarefa são previstas no artigo 6.º, VIII e artigo 10, II da Lei n.º 8.666/93.

um determinado resultado concreto,⁵⁷ o que não corresponde à natureza dos serviços de saúde.

Essa observação vai ao encontro de uma dificuldade, característica do serviço público de saúde, que reforça a inadequação da Lei n.º 8.666/93 para a disciplina de sua contratação. Trata-se da necessidade de critérios específicos para a fiscalização e controle da prestação dos referidos serviços, os quais não se encontram previstos no mencionado diploma legislativo.⁵⁸

Em unidades hospitalares essa definição é ainda mais complexa, como assinala Sheyla Maria Lima:

Em particular, no caso das organizações de saúde a avaliação de seus produtos é considerada de extrema dificuldade. Na verdade, a organização hospitalar comporta múltiplos processos de trabalho, uns mais padronizáveis e outros menos, que, combinados, resultam no principal produto hospitalar: o paciente tratado.⁵⁹

Em que pese a inadequação dos critérios previstos pela Lei 8.666/93 para a escolha da entidade privada parceira na área da saúde, o *princípio da licitação* deve ser observado.

Assim, seja na definição da entidade a ser fomentada, seja na determinação da entidade a receber concessão de serviço público de saúde, ainda que a legislação específica do ajuste a ser celebrado não traga a exigência de determinado procedimento de escolha, a Constituição Federal exige que se o promova. Tal promoção, na ausência de lei específica, deve ter como pauta a própria a Lei Geral de Licitações, para o caso de

⁵⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.55.

⁵⁸ Tal característica dos serviços de saúde foi assinalada por Maria Sylvia Di Pietro, nos seguintes termos: “Quando se trata de atividade de natureza econômica, o estabelecimento de metas e o respectivo controle são muito mais fáceis, porque tal tipo de atividade permite maior objetividade em sua programação. Quando se trata de atividade social, como educação e saúde, é muito mais problemática a fixação de metas objetivas, com o estabelecimento de parâmetros que permitam controle adequado de resultados. As metas têm que ser muito mais qualitativas do que quantitativas, e a apreciação dos resultados exige pessoal altamente especializado e, provavelmente, demanda maior tempo de atuação para permitir avaliação precisa” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.438).

⁵⁹ LIMA, Sheyla Maria L. O contrato de gestão e a conformação de modelos gerenciais para as organizações hospitalares públicas. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v.30, n.5, p.132, set./out. 1996.

fomento e mera delegação;⁶⁰ e a Lei de Geral de Concessões,⁶¹ para o caso de concessão de serviços públicos de saúde. No segundo caso, como se trata de uma delegação de serviços públicos, os critérios da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, são mais adequados à hipótese.

Por fim, urge mencionar que, tanto em um caso como em outro, existem hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação, os quais também demandam a formalização de processo administrativo com exposição da situação fática e dos motivos que fundamentam a escolha direta.⁶²

7. Seleção de pessoal pela entidade parceira

A forma de seleção de pessoal pela entidade parceira depende do objeto do ajuste.

Se a parceria com a iniciativa privada tem como objetivo a concessão de um serviço público de saúde, incide sobre a hipótese o regime jurídico das concessões de serviços públicos, no qual o Estado mantém a titularidade do serviço – que deve ser entendida como a responsabilidade pela garantia de sua prestação – e transfere ao particular a gestão do serviço.

Ao transferir a gestão de um serviço ao particular na área da saúde, evidentemente algumas peculiaridades decorrentes da atividade médica devem ser levadas em conta – não apenas aquelas que justificam determinadas hipóteses de terceirização, mas também os princípios e diretrizes que devem ser seguidos pela entidade delegatária. Nesse contexto, a gratuidade deve ser observada, de modo que o pagamento pelos serviços prestados seja realizado pelo próprio Estado, conforme os resultados obtidos pela entidade concessionária.

Afinal, de acordo com a doutrina contemporânea do Direito Administrativo, não é o pagamento pelos usuários dos serviços realizados que caracteriza a concessão de serviços públicos, mas a atribuição ao agente privado de certa margem de autonomia de gestão e de risco pelo empreendimento – o que em grande parte ocorre por meio da vinculação, em alguma medida, da remuneração do parceiro privado ao resultado dos

⁶⁰ Note-se que o Decreto que regulamenta os convênios no âmbito federal, Decreto federal 6.107/07, faz referência ao *chamamento público* e o Decreto que regulamenta a Lei das OSCIP, Decreto n. 3100/99, faz menção ao *concurso de projetos*.

⁶¹ Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 14 e seguintes.

⁶² Lei n. 8.666/93, artigo 24 e seguintes.

serviços prestados, mesmo que tal pagamento seja efetuado em todo ou em parte pelo próprio Poder Público. Na doutrina estrangeira, tal hipótese de concessão de serviços tem sido reconhecida, como se pode perceber do pensamento de Pedro Gonçalves acerca do ordenamento português:

(...) o facto de a remuneração pelos utentes ou da assunção de um risco pelo concessionário serem eventualmente normais no regime da concessão não exclui a natureza concessória do **contrato em que a Administração assume o dever de remunerar, total ou parcialmente, o concessionário**, nem mesmo o contrato em que ela assume a álea económico-financeira inerente à gestão do serviço; para que possa falar-se de 'concessão de um serviço público', essencial é que a gestão (autónoma) do serviço seja transferida por um acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa.⁶³

Na doutrina francesa também tem sido ampliada a noção de concessão de serviço público, para alcançar uma série de modalidades de ajuste nos quais a relação entre Administração Pública e prestador de serviço, bem como a forma de pagamento, é bastante variável.⁶⁴ Em outros países europeus a hipótese também é admitida, sendo comumente citados os exemplos dos pedágios-sombra, na Espanha, e as concessões sem custo para o usuário – SCUT, em Portugal.

Assim, a concessão de serviço público deve ser entendida hodiernamente como a delegação do respectivo serviço nas hipóteses em que sua gestão seja transferida ao particular, que vai exercê-la em nome próprio de modo a assumir parte dos riscos envolvidos na atividade delegada.

Nesse passo, ao transferir a gestão de um serviço ao particular, o Estado transfere-lhe também a liberdade para a escolha dos melhores modelos de prestação dos serviços (obviamente nos limites da lei). Ilógico seria exigir-se do particular a submissão a critérios específicos para a contratação de seu pessoal.⁶⁵

⁶³ GONÇALVES, Pedro. **Concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p.145-146 (os grifos não constam do original).

⁶⁴ Um panorama sobre a experiência internacional em concessões de serviços públicos pode ser encontrada em: WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões** (análise das leis 8.987/95 e 9.074/95). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.56-69.

⁶⁵ Nesse sentido, a Lei das Organizações Sociais, que disciplina o Contrato de Gestão, aqui entendido como modalidade de concessão de serviço público, quando aplicado aos serviços de saúde, traz a previsão de que *na elaboração do Contrato de Gestão* devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade. Tal disposição é pertinente, mas dela não decorre a necessidade de realização de procedimento específico para a contratação de pessoal.

Por outro lado, na hipótese de fomento estatal a uma atividade privada de saúde, é possível ao agente estatal incentivador estabelecer uma série de requisitos a serem preenchidos para que a atividade privada incentivada seja apta a receber o apoio estatal.⁶⁶ Isso porque no fomento a atividade continua a ser privada (de utilidade pública) e o incentivo depende do preenchimento de requisitos pela entidade para que ela faça jus ao benefício oferecido pelo Estado. Essa é a opinião de Carlos Ari Sunfeld, para quem:

O fomento estatal à vida privada consiste a concessão de benefícios aos particulares, de modo a induzir suas ações em certo sentido. Quem não se dispõe a adotar o comportamento pretendido não é sancionado; apenas deixa de usufruir o benefício que teria, em caso contrário.⁶⁷

Nesse contexto, é lícito à entidade administrativa fomentadora exigir determinadas condutas privadas, relacionadas, inclusive, à observância de requisitos para a contratação de pessoal.

8. Contratação de obras e serviços pela entidade parceira

O mesmo raciocínio esposado no item anterior aplica-se à presente hipótese.

No caso de concessão de serviço público de saúde não cabe ao Poder Público dirigir a contratação de obras e serviços pela entidade privada parceira.⁶⁸ A prestadora do serviço concedido deve deter autonomia para gerenciar o serviço de modo a obter melhores resultados. Esse é a *interpretação conforme* à Constituição que deve ser dada ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8666/93.⁶⁹ Além disso, urge ressaltar que no instrumento de ajuste deve haver previsão quanto a hipótese de subcontratação de atividades relacionadas ao objeto do ajuste.

No caso de fomento, o instrumento de ajuste que o formaliza – convênio ou termo de parceria – é apto a prever requisitos para o recebimento do incentivo, como, por

⁶⁶ Como é o caso, dentre outros, do disposto no inciso I do artigo 4º da Lei das OSCIP, Lei n. 9.790/99, que prevê a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.

⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.25.

⁶⁸ Tanto que é oferecida à Organização Social, nos termos da Lei n. 9.637/98, a oportunidade de editar seu regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade.

⁶⁹ Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XXIV - 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.

exemplo, a exigência de adoção de determinados procedimentos para aplicação dos recursos públicos transferidos à entidade privada. Daí o cabimento de obrigar-se a entidade parceira a seguir um regulamento próprio para aquisição de bens e serviços. Dentre tais exigências, pode ser estabelecido um determinado modelo de contratação, a critério da entidade pública *conveniente*, como aquele previsto pelo artigo 14 da Lei das OSCIP, que faz referência à publicação de um *regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.*⁷⁰

Deve-se ressaltar, entretanto, que o dever constitucional de licitar, conforme dicção expressa do artigo 37, XXI da Constituição Federal, não se aplica a entidades privadas parcerias do Poder Público, mas a entidades da Administração Pública Direta e Indireta. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello é enfático ao afirmar que: “Por força do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, estão obrigadas à licitação pública tanto as pessoas de Direito Público de capacidade política quanto as entidades de suas Administrações indiretas, isto é: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais”.⁷¹

9. Limite de gastos com pessoal previstos pela Lei de Responsabilidade Fiscal

A Constituição Federal, em seu artigo 169, determina que “A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”. Como cediço, a lei em referência é a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, conhecida com Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece em seu artigo 19:

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

⁷⁰ Princípios, esses, acima referidos.

⁷¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 517.

A discussão que se coloca a propósito de tal determinação legal consiste em saber se o gasto com o pessoal contratado por entidades que firmam parcerias para a prestação de serviços de saúde – seja por meio da atividade administrativa de fomento, seja por meio de delegação de serviços públicos – deve ser levado em conta para aferição do limite legal referido.

O tema possui resposta simples: não. Os gastos com pessoal das entidades privadas parceiras – fomentadas ou delegatárias – não devem ser incluídos no cálculo para definição do limite com gastos com pessoal.⁷²

Isso por força do artigo 18 do mesmo diploma legislativo que assim determina:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

Ora, como a hipótese de participação privada na prestação de serviços públicos é lícita nos casos em que configurada *terceirização de serviços* e não de mera *interposição de mão-de-obra*, não incide na hipótese a determinação legal de cálculo dos referidos gastos no limite imposto pela lei. De outra banda, se houver servidores ou empregados públicos cedidos pelo ente federativo à entidade privada, tal gasto deverá ser computado para aferição da observância do limite legal.

É claro, ressalte-se uma vez mais, que o permissivo legal e constitucional restringe-se à contratação de trabalhos técnico-profissionais, caracterizados como tarefas, e não mera interposição de mão-de-obra, a qual encontra objeção no entendimento geral adotado pela Justiça do Trabalho,⁷³ que deve ser levado em conta

⁷² Nesse sentido, conferir: Consulta TC-SP 002149/006/02; e Consulta TC-PE 0600690-5.

⁷³ O tema é tratado na seara trabalhista pela Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974). Súmulas A-97. II - A contratação irregular de trabalhador, mediante

com as devidas ressalvas acima assinaladas quanto às atividades de saúde. Resta claro, portanto, que não incide sob a hipótese o disposto no parágrafo segundo do artigo 37 da Constituição Federal, que prevê a nulidade do ato de nomeação em cargo ou emprego público sem a realização do respectivo concurso.⁷⁴

De outro lado, é sabido que muitas parcerias na saúde acabam por configurar mera interposição de mão de obra, o que implica não apenas a necessidade de cômputo de referidos gastos para o cálculo dos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, mas também a atuação do Ministério Público do Trabalho ante a ilegalidade perpetrada.

Além disso, nos casos de fomento estatal a atividades privadas de saúde – o que ocorre nos casos de termos de parceria e de convênios – não restam dúvidas de que os gastos com pessoal contratado, desde que não configure mera interposição de mão-de-obra, não sofrem incidência da limitação prevista pelo artigo 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Afinal, trata-se de atividade privada incentivada, o que não se subsume à hipótese do artigo em referência.

10. Conclusões

Não é aceitável nos dias de hoje que serviços passíveis de exploração econômica, com pagamento pelos usuários, tenham maior grau de eficiência do que os serviços dos quais dependem direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde.

Concretizar o direito à saúde implica prestar adequadamente os serviços para sua proteção, promoção e recuperação, o que demanda disciplina legal adequada às

empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Tal determinação, ressalte-se, não se aplica ao caso ora tratado, em que a Administração Pública contrata a prestação de determinado serviço de saúde, mesmo que internamente a uma unidade pública. Sobre o tema, conferir: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.355 e segs.

⁷⁴ Art. 37 (...) § 2.º A não observância do disposto nos incisos II [que trata da investidura em cargo ou emprego público por meio de concurso público] e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

parcerias na saúde. Para tanto, há que se oferecer aos prestadores privados as mesmas garantias que são oferecidas aos concessionários de serviços públicos de natureza econômica. Ressalte-se: o serviço público de saúde continua sendo serviço público mesmo quando prestado pelo particular; por esse motivo, para a garantia da prestação do serviço ao cidadão-paciente, é necessário que a parceria garanta ao particular condições de prestar o serviço de saúde do modo mais adequado possível.

A interpretação do ordenamento constitucional da saúde deve privilegiar a efetiva garantia do direito daquelas pessoas que efetivamente precisam de tal serviço e não possuem condições de obtê-lo no mercado. Essa interpretação implica seja reconhecido que a participação privada nos serviços públicos de saúde possui natureza de verdadeira concessão de serviço público, com todas as garantias que referido mecanismo de prestação de serviços envolve.

Tal reconhecimento depende de inovação legislativa que reconheça claramente a concessão como forma de participação privada nos serviços públicos de saúde. Esse é o modo privilegiado de participação privada, que deve ser adequadamente regulamentado a fim de fortalecer o próprio SUS e, em especial, favorecer o paciente a ser tratado.

A legislação hoje existente no Brasil deve ser interpretada com base nessas premissas, o que não afasta, como dito, a necessidade premente de inovação legislativa em nível federal, com a alteração da Lei Orgânica da Saúde e demais lei mencionadas neste estudo, a fim de adequá-las à realidade. Além disso, compete aos demais entes federados, no exercício de sua competência suplementar e residual, disciplinar adequadamente as hipóteses de parcerias privadas na saúde, com a garantia e transparência necessárias ao bom desenvolvimento dos serviços.

A opção pela prestação pública ou privada depende do contexto histórico, econômico e social e, especialmente, do serviço de saúde em questão. Uma ou outra não são abstratamente mais ou menos adequadas. A realidade de cada experiência é que vai oferecer subsídios para que se efetive a opção e para que se comprovem os resultados. Afinal, na linha aqui adotada, não seria lógico imaginar que determinado modelo de parceria privada seja adequada tanto a um grande hospital quanto a um posto de atendimento. A própria natureza do serviço de saúde deve ser levada em conta ao optar-se (ou não) pela contratualização privada.

A contratação de pessoal e o regime de gestão das entidades privadas prestadoras de serviços públicos de saúde devem seguir a legislação trabalhista (com a ressalva de que alguns serviços de saúde podem, por sua natureza, ser terceirizados) e a legislação privada. Afinal, se a gestão do serviço é trespassada ao agente privado para que ele possa, do melhor modo possível, obter os resultados previstos pelo ajuste, é necessário oferecer a ele autonomia para gerenciar os serviços delegados.

Já no caso de mero fomento estatal a entidades privadas que já atuam na saúde, é possível e adequado que o Poder Público especifique os requisitos a serem cumpridos para que a entidade seja merecedora do incentivo. Dentre tais requisitos, é possível a determinação de submissão a determinado procedimento de contratação de pessoal e de gestão dos recursos públicos recebidos.

Por fim, insta ressaltar que as proposições ora defendidas não encontram eco, como já dito, na teoria dominante, que permanece no âmbito das abstrações e generalizações. Entretanto, como assinalado acima, o setor de saúde demanda mecanismos aptos a resolver seus problemas reais, os quais não podem ser enfrentados com soluções abstratas e genéricas – e, conseqüentemente, inúteis. Isso porque o setor de saúde possui características administrativas próprias e disciplina constitucional específica. É hora de levá-las em conta.

Referências Bibliográficas

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milano: Giuffré, 1953.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOSA, Pedro Ribeiro. **Gestão de hospitais públicos: maior autonomia gerencial, melhor performance organizacional com apoio em contratos de gestão**. In: Revista do Serviço Público – RSP, ano 47, v.120, n.2, maio/ago. 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOYER, Marcel. Le secteur privé dans un système de santé public: France et Pays Nordiques. In: **CIRANO Working Papers 2008s-06**, Montreal, fev. 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretário de Saúde. **Gestão e financiamento do Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2008.

_____. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **A reforma administrativa do sistema de saúde**. Brasília: Maré, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].

CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervencion Administrativa**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASTRO, Maria Helena L. **A relação entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro**: repensando o papel do estado. 2006. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

CONILL, Eleonor Minho. **Sistemas comparados de saúde**. In: CAMPOS, Gastão W. de Souza; MINAYO, Maria Cecília de S.; AKERMAN, Marco; DRUMOND JÚNIOR, Marcos; CARVALHO, Yara Maria de. **Tratado de saúde coletiva**. Rio de Janeiro: Hucitec, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOCTEUR, Elizabeth; OXLEY, Howard. **Health-Care Systems: Lessons from the Reform Experience**. Paris: OECD, 2003.

DRUCKER, Peter. **Uma era de descontinuidade**: orientações para uma sociedade em mudança. Trad. J. R. Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1970.

DWORKIN, Ronald. **A justiça e o alto custo da saúde**. In: _____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GONÇALVES, Pedro. **Concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GUGLIELMI, Gilles. **Introduction au droit des services publics**. Paris: EJA, 1994.

HAM, Chris. The background. In: _____. **Health Care Reform: Learning from International Experience**. Buckingham: Open University Press, 1997.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN Cass. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes.** New York: Norton and Company, 2000.

JORDANA DE POZAS, Luis. **Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo.** In: **Revista de Estudios Políticos**, n.48, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Sheyla Maria L. **O contrato de gestão e a conformação de modelos gerenciais para as organizações hospitalares públicas.** In: **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v.30, n.5, set./out. 1996.

MÂNICA, Fernando Borges. **O convênio como vínculo apto a instrumentalizar parceria público-privada para prestação de serviços de saúde em unidade hospitalar de média e alta complexidades.** In: **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte, ano 2, n.4, jul./dez. 2008.

_____. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n.18, jul./set. 2007.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas.** Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:** legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O serviço público de saúde no direito brasileiro**. Brasília: OPS, 1988.

ROSE, Richard. **On the Priorities of Government: A developmental Analysis of Public policies**. In: European Journal of Political Research, Amsterdam, n.4, 1976.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. 2.ed. São Paulo: Senac, 2005.

SIDDIQI, Sameen; MASUD Tayyeb Imran; SABRI, Belgacem. Contracting but not without caution: experience with outsourcing on health services in countries of the Eastern Mediterranean Region. In: **Bulletin of the World Health Organization**, n.84, november, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direito administrativo das concessões**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: _____. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões** (análise das leis 8.987/95 e 9.074/95). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.