



PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE SAÚDE: VIABILIDADE ECONÔMICA E ESTABILIDADE JURÍDICA

*PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN THE HEALTH
SECTOR: ECONOMIC VIABILITY AND LEGAL STABILITY*



Fernando Borges Mânica

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo. Advogado e consultor. www.fernandomanica.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento histórico dos serviços públicos. 2.1. Serviços públicos liberais ou econômicos. 2.2. Serviços públicos sociais. 3. Serviços públicos, serviços de relevância pública e serviços de saúde na Constituição de 1988. 3.1 Serviços públicos. 3.2 Serviços de relevância pública. 3.3 Serviços públicos de saúde. 4. Parcerias público-privadas voltadas à prestação de serviços públicos de saúde. 4.1 Concessões patrocinadas. 4.2 Convênios, termos de colaboração e termos de fomento. 4.3. Contratos de Gestão e Termos de Parceria. 5. Conclusões. Referências.

RESUMO: Após o julgamento pelo STF da ADI 1923, que julgou constitucional a participação privada nos serviços públicos de saúde, o palco das discussões passa a ser ocupado pela necessidade de adequação da disciplina específica de cada um dos modelos de ajuste que instrumentalizam as parcerias na saúde. Isso porque, hoje no Brasil a saúde é considerada como um direito fundamental dependente de prestações qualificadas como serviços públicos. Nesse caminho, o presente manuscrito parte do conceito de *serviço público liberal* e *serviço público social*, passa pela análise da noção de *serviço público*, *serviço de relevância pública* e *serviço público de saúde* na Constituição de 1988, e termina por avaliar a adequação de cada uma das parcerias público-privadas utilizadas no setor de saúde. A conclusão a que se chega é de que o modelo mais adequado para a prestação privada de serviços públicos de saúde consiste na *concessão administrativa*, cuja disciplina legal deve ser usada por analogia para a integração das demais espécies de parceria.

PALAVRAS-CHAVE: parcerias público-privadas; serviços públicos; saúde.

SUMMARY: After Brazilian Supreme Court decided ADI 1923, which ruled constitutional the private provision in public health services, the center of discussion happens to be occupied by the need to adapt the specific discipline of adjustment models that materialize partnerships in health sector. After all, in Brazil health is considered as a fundamental right that depends on utilities qualified as public services. In this sense, the present manuscript analyzes the concept of liberal public service and social public service, discuss of the notion of public service, relevant public service and health public service in the 1988 Constitution, and ends evaluating the suitability of each public-private partnerships

used in the healthcare sector. The conclusion reached is that the most appropriate model for the private provision of public health services is the administrative concession, whose legal discipline should be used by analogy for the integration of other kinds of partnership.

KEYWORDS: *public-private partnerships; public services; health.*

1. Introdução

O recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 1923, que considerou constitucional o modelo de parcerias com entidades do terceiro setor para a prestação de serviços públicos de saúde, permite que a doutrina brasileira finalmente avance. Com a superação do pensamento segundo o qual não seria admitida no Brasil a prestação privada de serviços públicos de saúde, é possível verticalizar o debate doutrinário sobre a disciplina jurídica dos ajustes que instrumentalizam cada uma das modalidades de parcerias público-privadas no setor de saúde.

O presente manuscrito tem como objetivo trazer ao debate público a incompatibilidade entre (i) o dever estatal de garantir o direito à saúde por meio da prestação adequada e eficiente dos respectivos serviços públicos e (ii) a insegurança jurídica, com consequências econômicas, proporcionada por determinados modelos de parcerias público-privadas, que padecem de insuficiência legislativa e inadequada integração analógica. Para tanto, o estudo parte de uma retomada histórica das noções de serviço público liberal e de serviço público social, passa pela noção de serviço público, serviço de relevância pública e serviço de saúde na Constituição de 1988 e termina por analisar cada um dos modelos de ajuste utilizados no Brasil para instrumentalizar parcerias na área da saúde.

2. Desenvolvimento histórico dos serviços públicos

2.1. Serviços públicos liberais ou econômicos

Ainda no século XVIII, Adam SMITH, ao passo em que acreditava ser o livre mercado apto a destruir as desigualdades e os privilégios de origem absolutista, defendia a intervenção pontual do Estado com o objetivo de proporcionar o desenvolvimento econômico. Além dos deveres do soberano relacionados à segurança e à justiça, Adam SMITH analisou dois diferentes gêneros daquilo que denominou *serviços públicos*: (i) aqueles criados com o objetivo de facilitar o comércio, como a construção e manutenção de pontes, estradas, canais navegáveis, portos etc. e (ii) aqueles voltados a promover a instrução do povo.¹

Com essa perspectiva economicista, na segunda metade do século XIX, foram criados *serviços públicos* em setores dependentes de infraestrutura de grande porte, como ferrovias, estradas, energia elétrica, gás e telefonia. Por se tratar de atividades dependentes de vultoso investimento de recursos, que necessitavam da utilização de bens estatais para sua construção ou possuíam vocação para o monopólio, não era possível à iniciativa privada exercer sua exploração de modo independente. A criação de tais serviços públicos tinha como objetivo, portanto, criar condições para o desenvolvimento econômico.

Além disso, algumas ações de vigilância sanitária e de educação também formaram o grupo de atividades aptas a serem desenvolvidas pelo Estado por meio da qualificação como *serviço público*. Não porque configuravam direitos dos cidadãos, mas porque isso era necessário à defesa da coletividade.²

1 SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Trad. Luís C. de Aguiar. 4.ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v.2. p.333-469.essaltando o papel da Igreja historicamente desenvolvido na pocm s cobradas daqueles que utilizam tais bens e serviços

2 A influência da *segurança coletiva* sobre a concepção de serviços públicos pode ser visualizada na passagem de Rafael BIELSA: "Os chamados serviços gratuitos são aqueles cuja prestação geral, e até obrigatória, interessa a todos em face da solidariedade humana e da segurança comum. Tais são os de ensino primário, os de assistência médica e de assistência econômica. Nesses casos, até os mais egoístas possuem interesse em que sejam gerais e gratuitos, pois uma sociedade ignorante e atrasada é uma ameaça para todos, por sua incapacidade de produção, de defesa nacional, etc.; pela mesma razão, se o Estado não presta assistência aos que não podem obtê-la, em caso de doenças perigosas

Daí a intervenção direta do Estado, no sentido que José Luis VILLAR PALASÍ em meados do século XX deu ao termo *publicatio*: a retirada do domínio privado de determinadas atividades em relação às quais era vedada a interferência estatal e a assunção de seu controle pelo Estado com vistas a possibilitar sua exploração (privada). Segundo o autor, além das antigas técnicas medievais da *publicatio bonorum* (aplicada para casos específicos de confisco e punição) e da *publicatio agrorum* (adotada para a imposição de privilégios reais sobre determinados bens ou atividades privadas), surge o sentido moderno de *publicatio*, por meio da qual são criados títulos *opeproprietatis* de poder sobre atividades privadas (desvinculadas do exercício do poder), com a finalidade de criar sobre elas a titularidade estatal.³

Percebe-se, pois, que a noção de *serviço público* no nascimento do Estado de Direito, decorrente da *publicatio* de determinadas atividades privadas, possuía forte viés econômico, relacionava-se à ideia de limitação das funções do Estado e tinha como pressuposto a própria vedação da intervenção do Estado na ordem social e econômica.⁴

Contudo, considerando que a *publicatio* incidia sobre o setor econômico e justificava-se, em grande medida, pela inviabilidade de exploração privada da respectiva atividade, pode-se dizer que a própria noção de *serviço público* conformou-se como instrumento a possibilitar tal exploração. Daí porque o *serviço público* em sua origem, que pode ser denominado de *serviço público liberal* ou *serviço público econômico*, de-

ou contagiosas, todo o corpo social fica ameaçado por suas consequências naturais." (BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955. Tomo I. p.54).

3 VILLAR PALASÍ, José Luis. **La intervención administrativa en la industria**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964. p.207-218.

4 Nesse sentido: VERGARA, Patricia Lopes. Titularidad en el Servicio Publico. **Revista de Derecho Administrativo**, ano 11, n.30-32, 1999. A distinção entre os aspectos econômico e social deve ser levada em conta com a devida cautela. Como ressalta Jacques Chevallier, a correlação entre o econômico e o social é lógica, de modo que ambos não constituem domínios separados, mas duas faces de uma mesma realidade: enquanto a economia diz respeito a um conjunto de processos de produção, circulação, troca e distribuição de bens e serviços, o social recobre toda e qualquer ordem relativa à vida e às relações de indivíduos e de grupos (CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p.169). Sob ponto de vista inverso, mas com conclusão análoga, Fabio Nusdeo chega a sustentar que a distinção padece de base científica, já que toda atividade reconhecida como social, geralmente associada ao atendimento de necessidades em relação às quais não há possibilidade de obtenção de lucro, é também econômica, na medida em que se refere à aplicação de recursos escassos para suprimento de determinadas finalidades (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.96).

corre da *publicatio* de atividades privadas, que passam a ser exploradas tanto pelo Estado quanto pelo particular, por meio de *parcerias público-privadas*,⁵ em especial dos contratos de concessão.⁶

2.2. Serviços públicos sociais

O modelo de intervenção estatal implantando durante o liberalismo tornou as pessoas dependentes do mercado. Contudo, como se sabe, o mercado não é um meio apto de atender às necessidades de todos, pois ele apenas oferece bens e serviços àqueles que dele fazem parte. “A ‘ordem natural ideal’ prevista pelo liberalismo acabou se tornando uma ‘desordem natural real’, demandando a intervenção estatal na sociedade”.⁷ Daí a premência da *desmercadorização* do indivíduo,⁸ com o início de um processo de formação de um *Estado a* não apenas garantidor da ordem, da segurança e das operações econômicas, mas *incentivador e promotor* de atividades diversas daquelas voltadas exclusivamente ao lucro.

Teve início, então, o movimento pelo qual o Estado passou a *incentivar* a oferta de atividades prestacionais sociais. Para tanto, a Administração Pública uniu-se a iniciativas da própria sociedade. Vital

5 Parcerias público-privadas são entendidas no presente trabalho em seu sentido amplo. Na explicação de Carlos Ari SUNDFELD: “Em seu sentido amplo, PPP’s são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais, contratos de gestão com OSs. Termos de parcerias com OSCIPs; etc.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____. (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.22).

6 Pode-se mencionar, nesse prisma, a experiência histórica francesa, na qual: “Registram-se contratos de concessão no séc. XVII na construção de canais (o canal de Midi, lançado pelo empreendedor Jean-Paul Riquet na época de Louis XIV e Colbert) e na secagem de pântanos (cedida por Henrique IV para todo o território nacional). Sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, as concessões presidiram esmagadoramente à construção de grandes infra-estruturas como os caminhos de ferro, transportes urbanos (Metro de Paris), redes de eletricidade, de água e esgotos, e de recolha de lixo (...).” (SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico). **Parcerias público-privadas e justiça**: uma análise comparada das diferentes experiências. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007. p.28).

7 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999. p.10.

8 Segundo Gosta Esping-Andersen: “A desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado.” (ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do WelfareState. **Revista de Cultura e Política**, n.24, p.102, set. 1991.

MOREIRA, referindo-se à organização estatal do Estado pós-revolução francesa, assim se manifestou:

(...) [a] concepção unitária, monolítica e centralizada da Administração pública manteve-se durante quase todo o século XIX. Mas a partir de certa altura deu-se a emergência de agrupamentos sociais reclamando do Estado a intervenção nas tarefas administrativas públicas. O Estado propôs a aproveitá-los para aliviar seu envolvimento directo na gestão concreta das novas prestações sociais (...).⁹

Tomou corpo, assim, a atividade administrativa de *fomento*. Ainda que não dirigida à defesa de direitos de cada cidadão, a prestação de *serviços sociais privados* voltados à garantia da saúde, educação e assistência social passou a ser *incentivada* pelo Estado, por meio de repasse de recursos a título de *subvenções* ou mesmo mediante vínculos formais, caracterizados pela informalidade e precariedade. Tratava-se de mero incentivo a atividades privadas necessárias a suprir carências não atendidas pelo *mercado*.

Nesse rumo, o segundo e mais importante passo no processo de transformação dos serviços públicos foi dado quando os serviços sociais passaram a consistir dever estatal previsto em textos internacionais e nas Constituições dos Estados. De meras *atividades privadas fomentadas*, com a consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais,¹⁰ a atuação administrativa em áreas como a saúde, a educação e a assistência passaram a configurar direito constitucionalmente previsto em *benefício de cada pessoa*, e não mais como instrumento de desenvolvimento

9 MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997. p.16-17.

10 Em estudo sobre o tema, Jose RAMON DIAZ reconhece a utilização corrente na linguagem jurídica da expressão *direitos sociais* para designar duas características comuns da expressão: (i) o reconhecimento de prestações a cargo do Estado e (ii) a aceitação do valor da igualdade (material) como sua finalidade (DIAZ, Jose Ramon. **Estado Social e Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.46). Antonio-Enrique PEREZ LUÑO traz uma definição objetiva e outra subjetiva dos direitos sociais, nos seguintes termos: "Assim, podem entender-se tais direitos, em sentido objetivo, como o conjunto das normas através das quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais. Enquanto que, em sentido subjetivo, podem ser entendidos como as faculdades dos indivíduos e dos grupos de participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em determinados direitos a prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos." (PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p.183-184).

econômico e defesa da coletividade. Essa mudança marca a incorporação do *desenvolvimento humano* como objetivo do Estado.

Apenas após a Segunda Guerra Mundial os direitos sociais dependentes de atuação estatal e voltados à proteção da *dignidade de cada pessoa humana* foram positivados em documentos internacionais e em novos textos constitucionais que se seguiram.¹¹ No plano internacional foi aprovada uma série de documentos que consagram *direitos fundamentais sociais*. O primeiro deles foi a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, editada em 1948 pela *Organização das Nações Unidas (ONU)*. Com o objetivo de desenvolver tais idéias, foram firmados em 1966 dois Pactos: o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* e o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

Nos ordenamentos nacionais, diversas constituições escritas passaram a tratar expressamente do tema. Dentre elas, podem ser citadas as Constituições Francesas de 1946 e de 1958; a Constituição Alemã de 1949, conhecida como Lei Fundamental de Bonn; a Constituição Italiana de 1948; e mais recentemente, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Brasileira de 1988.

O caminho de evolução das atividades prestacionais pelo Estado de Direito passou, portanto, por três momentos claramente perceptíveis na história: (i) a responsabilidade estatal de garantir o desenvolvimento econômico (por meio da criação dos *serviços públicos liberais*); (ii) a responsabilidade estatal de incentivar a prestação privada de serviços sociais de relevância pública (por meio da *atividade de fomento*); (iii) a responsabilidade estatal de garantir o desenvolvimento humano, (por meio da criação de *serviços públicos sociais* voltados à garantia dos direitos de cada pessoa).

11 A Constituição do México, de 1917, e a Constituição Alemã, de 1919 marcam o primeiro passo, em nível constitucional, rumo a consagração de direitos sociais e à previsão de serviços públicos voltados à sua garantia. Contudo, a previsão nelas contida restringiu-se a limitação da liberdade de contratação nas relações trabalhistas.

3. Serviços públicos, serviços de relevância pública e serviços de saúde na Constituição de 1988

3.1. Serviços públicos

Como resultado desse processo, hoje a expressão *serviço público* serve para designar atividades com dupla finalidade: (i) proporcionar o desenvolvimento econômico e a proteção da coletividade; e (ii) garantir direitos sociais dependentes de prestações. Trata-se dos *serviços públicos liberais* e dos *serviços públicos sociais*.

É importante notar, contudo, que o *serviço público* não constitui um conceito lógico-jurídico. Trata-se de uma noção cujo conteúdo é passível de ser extraído da Constituição e da realidade histórica,¹² e não de construções doutrinárias tradicionais e, possivelmente, desconectadas do texto constitucional e da própria realidade social.¹³

A Constituição brasileira de 1988 traz balizamentos para a criação de *serviços públicos*, os quais devem ser observados pela lei que os cria. Portanto, não há *serviços públicos* ‘em si mesmos’,¹⁴ mas há critérios constitucionais que dirigem sua instituição. Além disso, deve-se destacar que desde a promulgação do texto constitucional brasileiro houve importante desenvolvimento da teoria jurídica pátria e relevante avanço tecnológico, os quais demandam uma renovada e permanente (re)interpretação dos critérios constitucionalmente estabelecidos.

12 Não se trata da busca inalcançável de uma *geometria jurídica*, referida por Genaro R. CARRIÓ ao tratar da imprecisão e nebulosidade de grande parte dos conceitos jurídicos (CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994); e tampouco de *definir essências*, mas de buscar indicadores que *viabilizem a aplicação de normas jurídicas*, como assinalou Eros GRAU (GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.75).

13 Nessa perspectiva é a crítica de Fernando Herren AGUILLAR, para quem: “As contribuições doutrinárias para o conceito de serviço público têm apenas caráter didático, reportando-se os juristas não àquilo que determina a Constituição, mas àquilo que, em sua experiência pessoal, testemunharam como sendo genericamente serviço público” (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.134).

14 “Pretender que certas atividades são ‘em si mesmas’ serviço público significa que, consagradas ou não legislativamente como tal, assim devem ser havidas. Um conceito desta ordem não serve para o jurista” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p.12).

No texto constitucional é possível encontrar a utilização da expressão em sentido amplo, para se referir a *toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado*,¹⁵ como em sentido estrito, com referência a uma determinada modalidade de *atividade administrativa prestacional em relação à qual o Estado assume a responsabilidade por sua oferta*. Neste segundo caso, que interessa ao presente estudo, encontram-se referências constitucionais a três conjuntos de *serviços públicos*:

- (i) aqueles expressamente qualificados como tais pelo próprio texto constitucional;
- (ii) aqueles em relação aos quais a Constituição outorgou competência para sua prestação pelo Estado; e
- (iii) aqueles em relação aos quais a Constituição Federal autorizou sua criação por lei.

Na **primeira categoria** encontram-se atividades expressamente qualificadas como *serviços públicos* pela Constituição Federal. Isso ocorre com os serviços públicos de saúde,¹⁶ serviços públicos de transporte urbano,¹⁷ e (ii) serviço público de telecomunicações.¹⁸

Na **segunda categoria** são relacionadas prestações cuja realização é atribuída pelo texto constitucional como *competência* do Estado.¹⁹ Dentre elas, podem-se destacar alguns setores em relação aos quais a competência para sua exploração foi atribuída à União Federal pelo ar-

15 Tal sentido é encontrado, dentre outros, no artigo 20, IV; artigo 37, XIII; artigo 39, § 7.º; artigo 40, § 1.º, III e § 16 da Constituição Federal. Essa noção ampla de serviços públicos, relacionada ao conjunto de atividades estatais, é típica da teoria francesa de serviço público, de acordo com a qual: "A idéia de serviço público é ligada a uma concepção ampla de missões do Estado e da Administração em geral, que além de manter a ordem pública, devem organizar a vida econômica, social, cultural fornecendo e gerando os bens e serviços úteis à coletividade." (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 7.ed. Paris: Montchrestien, 2001. p.17).

16 Artigo 34, inciso VII, alínea e; no artigo 35, inciso III; no artigo 167, inciso IV; e no artigo 198 e seu parágrafo segundo; bem como no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

17 Artigo 30, inciso V.

18 Artigo 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (os quais também haviam sido qualificados como públicos pelo inciso XI, do artigo 21 da redação original da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995).

19 Conforme José Afonso da Silva, *competência* deve ser entendida como a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões; ou, sob outro ângulo, *competências* correspondem às diversas modalidades de poder de que se servem as entidades estatais e órgãos para a realização de suas funções (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.477).

tigo 21 da Constituição, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (inciso X), os serviços de telecomunicações (inciso XI), os serviços de radiodifusão sonora, sons e imagens, o serviço de energia elétrica, a navegação aérea e aéreo-espacial, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário (inciso XII), dentre outros.

Ressalte-se que a atribuição de competência para explorar ou manter determinado setor implica *atribuição de responsabilidade estatal em garantir sua oferta*, o que não significa que todo o setor de atividades deva ser qualificado como *serviço público*.²⁰ Parte das atividades relacionadas, de acordo com o estágio de evolução tecnológica, social e econômica, pode ter sua prestação garantida satisfatoriamente pelo mercado,²¹ ou ainda pode ser prestada de modo desvinculado de qualquer critério que legitime sua qualificação como *serviço público*.²² Em tais casos, nem todas as atividades integrantes de determinada área são qualificadas como *serviço público*. Dentro de um setor cuja competência para exploração foi atribuída a determinado ente estatal, a definição daquelas atividades especificamente qualificadas como *serviço público* deve constar da lei que regulamenta o respectivo setor. Em última análise, pode-se sustentar que a atribuição de competência a determinado ente federativo configura determinação para que a lei institua o regime jurídico que vai disciplinar a prestação de cada uma

20 Sobre o tema, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.407 e ss.

21 É o caso típico do setor de energia elétrica, no qual até algum tempo atrás, não havia condições técnicas de segregação entre todas as atividades envolvidas de geração até sua comercialização aos consumidores finais. Nessa época, todo o setor configurava serviço público e era explorado em regime de monopólio, por tratar-se, em tais condições, de um monopólio natural (situação na qual a prestação por um único agente possui custos mais baixos do que sua prestação em regime competitivo). Não obstante, com o desenvolvimento tecnológico recente, surgiu a possibilidade de segregação das atividades, de modo que foi implantado o regime de competição no âmbito, por exemplo, da geração de energia – uma vez que diversos geradores têm acesso garantido à infraestrutura de distribuição, ainda mantida em regime de monopólio (natural). O setor encontra-se disciplinado especificamente em lei - Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995, em especial artigos 4.º a 25, e Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), entidade competente para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

22 Nessa hipótese, são comumente citados pela doutrina exemplos como a produção de energia elétrica para o consumo individual e os serviços de comunicação por rádio amador. Tais atividades, apesar de integrantes do setor de energia e do setor de telecomunicações, não apresentam os requisitos necessários para sua qualificação como *serviços públicos*.

das atividades integrantes do setor, parte das quais será por ela qualificada como *serviço público*.²³

Quanto à **terceira categoria** de atividades em relação às quais a Constituição prevê a criação de *serviços públicos*, não há qualificação expressa pelo próprio texto constitucional e tampouco a outorga de competência para a exploração de determinado setor de atividade; há apenas a previsão de critérios gerais para a criação de novos *serviços públicos* não previstos pelo texto constitucional. Tais critérios encontram-se no artigo 173 da Constituição Federal, que determina que o Estado apenas pode desenvolver atividade econômica, como *atividade econômica em sentido estrito* ou por meio da instituição de um *serviço público*, quando necessário *aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.²⁴

Além desses critérios, a Constituição permite a criação de um *serviço público social* em todas as hipóteses nas quais um direito fundamental dependente de prestações não for adequadamente satisfeito pelo mercado, como é o caso da assistência social (art. 203), do ensino fundamental (art. 208, I) e de outros direitos sociais previstos pelo texto constitucional. Esse *serviço público social* será prestado diretamente pelo Estado ou por outro ente privado delegatário, por meio de ajustes diversos daqueles estritamente previstos pelo artigo 175 da Constituição da República.

É importante ressaltar que a *titularidade estatal dos serviços públicos* implica sua responsabilidade pela garantia da respectiva prestação, a ser conformada nos termos da lei que regulamenta o setor de atividades. Trata-se da *'garantia pública'* pela prestação de determinadas atividades.²⁵ Como expressou Maria Cristina DOURADO: "(...) a titularidade do serviço público resulta para o Estado o inafastável dever de

23 Isso implica reconhecer que a outorga de competência para que o Estado explore determinado setor restringe a livre iniciativa, sendo que o setor privado poderá agir apenas nos termos da lei que regula o setor determinar.

24 Esse entendimento, aqui defendido, de que os critérios constitucionais para a criação de serviços públicos encontram-se no artigo 173 da Constituição, não é predominante na doutrina. Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.119-122.

25 CAÑADA, Isabel Maria V. **Público y Privado em la gestión de la Seguridad Social em Espana. Dimensión Jurídica**. Granada: Comares, 2007. p.21.

realizá-lo de forma adequada ao pleno atendimento das necessidades dos cidadãos”.²⁶ Nesse mesmo sentido, segundo Juan Carlos CASSAGNE, a criação de um *serviço público* apenas expressa a decisão estatal de que determinada atividade sujeite-se às potestades administrativas mediante um regime especial,²⁷ definido pela lei como o mais apto a garantir a efetiva prestação do serviço.

3.2. Serviços de relevância pública

Outra expressão contida no texto de 1988 são os *serviços de relevância pública*. Esta locução é utilizada duas vezes na Constituição Federal: (i) para qualificar os serviços de saúde;²⁸ e (ii) para se delimitar o rol de atribuições do Ministério Público.²⁹ É importante notar que a qualificação de um serviço como sendo de *relevância pública* não mais significa do que a ênfase atribuída pela Constituição de que tais atividades – independente da assunção da responsabilidade por sua oferta pelo Estado – devem ser regulamentadas, incentivadas e controladas pela Administração Pública.

A essencialidade é ínsita à noção de serviço público, mas não suficiente para determinar sua qualificação como tal. Isso porque grande parte das atividades privadas, alheias à responsabilidade do Estado, também são essenciais à coletividade. No Brasil, a qualificação de determinados serviços como *essenciais* gera efeitos jurídicos como aquele definido pelo artigo 58 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que prevê a ocupação provisória pela Administração Pública de bens móveis e imóveis a eles vinculados; e aqueles efeitos definidos pela Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamenta o direito de greve. Neste último caso, dentre os serviços essenciais, o direito de greve sofre restrições, de modo que cumpre aos trabalhadores manter a prestação daque-

26 DOURADO, Maria Cristina. O repensar do conceito de serviço público. **Revista Interesse Público**, n.9, p.95, 2001.

27 CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nova concepción). **Revista de Administración Pública**, n.140, p.103, maio/ago. 1996.

28 Constituição Federal, Art. 197.

29 Constituição Federal, Art. 129.

la parcela dos serviços *indispensáveis à sobrevivência, saúde e segurança da população*. Veja-se que a legislação qualificou um nível ainda mais específico de serviços dentre os serviços essenciais, em relação aos quais deve incidir de modo absoluto *o princípio da continuidade*.

Tal princípio remete aos repetitivamente mencionados *princípios do serviço público*, consagrados pela obra do francês Louis ROLLAND e difundidos amplamente na doutrina administrativista pátria.³⁰ Não obstante, ainda que a continuidade seja uma das características dos *serviços públicos*, ela não constitui elemento suficiente que os diferencie de outras *atividades privadas* não qualificadas como tais. A *continuidade* decorre, portanto, não da qualificação de determinada atividade como *serviço público*, mas da necessidade de sua manutenção, a qual pode ser garantida independente de sua assunção como responsabilidade do Estado (em outras palavras, de sua qualificação como *serviço público*).

O regime jurídico dos serviços públicos tem como objetivo garantir de modo muito mais intenso tanto a continuidade de sua prestação, quanto o respeito a outros princípios indispensáveis à sua prestação, como regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação.³¹ Acontece que tais princípios incidem apenas sobre as parcerias público-privadas (em seu sentido amplo)³² voltadas ao desenvolvimento econômico. Nas parcerias público-privadas que têm como objeto a prestação de serviços sociais tais princípios não têm incidência. Isso porque no atual estágio de desenvolvimento do Di-

30 Segundo tal teoria, são princípios dos serviços públicos a *continuidade* – a qual já fora ressaltada por León DUGUIT e decorre da própria natureza da atuação estatal; a *mutabilidade* – que deve ser compreendida como a possibilidade de alteração da forma de prestação dos serviços e mesmo da qualificação de determinada atividade como serviço público; e *igualdade* – que consiste no oferecimento de condições de acesso a determinado serviço a todos, levando em conta para isso a possibilidade de discriminação fundamentada na Constituição e voltada à consecução de um direito fundamental. DUGUIT há muito tempo sustentou que o fundamento de todos os serviços públicos consiste em uma obrigação jurídica imposta ao Estado de assegurar **ininterruptamente** determinadas atividades consideradas de importância capital para a vida social (DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2.ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923. Tomo II. p.55). Nessa esteira, tem razão Floriano de Azevedo MARQUES NETO ao ressaltar que atualmente: “Se o Estado, pela Constituição ou pela Lei, definiu que uma atividade é tão relevante para avocar para si o dever de oferecer a todo mundo, considerando-a serviço público, não há sentido que essa atividade seja oferecida de forma intermitente.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões de serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, ano XXII, n.6, p. 648, jun. 2006).

31 Princípios previstos no Art. 6º, §1º da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

32 Vide nota n. 6.

reito Administrativo pátrio tais parcerias são admitidas, interpretadas e legisladas como mecanismo de *fomento estatal* e não de *prestação de serviços públicos*.

3.3. Serviços públicos de saúde

As atividades prestacionais permanentes de assistência à saúde das pessoas, assumidas pelo Estado como sua responsabilidade, são ser qualificadas como serviço público: o *serviço público de saúde*. Nos termos da Lei n.º 8.080/90, interpretada sob a luz do texto constitucional, pode-se concluir que a responsabilidade direta do Estado pela prestação de serviços de saúde compreende a *assistência terapêutica, inclusive farmacêutica*.³³ Por assistência terapêutica (nela incluída a farmacêutica), deve-se compreender todas as atividades especificamente voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde das pessoas, prestadas em ambiente ambulatorial, hospitalar e mesmo em outros locais, como o domicílio do paciente, tal qual previsto pelo artigo 19-I da Lei n.º 8.080/90.³⁴

Considerando que os serviços públicos devem ser entendidos como as prestações em relação as quais o Estado assume, nos termos da lei, a garantia de seu fornecimento, de acordo com o regime jurídico mais adequado para cada atividade em cada momento histórico, pode-se definir qual é o regime jurídico dos serviços públicos de saúde, prestados tanto pelo Estado quanto por entidades privadas. Nesse condão, são princípios constitucionais que conformam o regime jurídico

33 Nesse sentido, dispõem o artigo 5.º, III; e o artigo 6.º, I, d Lei n.º 8.080/90, colacionados em nota anterior. Além deles, a alínea c, do inciso I, do art. 6.º da lei em referência menciona também como atribuição do SUS a execução de ações de *saúde do trabalhador*, cuja assistência, evidentemente insere-se no quadro maior da *assistência terapêutica integral*.

34 Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. § 1.º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. § 2.º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. § 3.º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família. (artigo integralmente incluído pela Lei n.º 10.424, de 2002).

dos serviços públicos de saúde, *auniversalidade e a igualdade do acesso e a integralidade do atendimento*.³⁵

Por *universalidade e igualdade do acesso* deve ser entendida a responsabilidade estatal pela oferta de serviços de saúde a todas as pessoas que deles necessitarem, sem qualquer tipo de discriminação, exceto aquelas que encontram fundamento no próprio texto constitucional. Portanto, é de se ressaltar que a universalidade e a igualdade não configuram valores absolutos; ambas devem incidir no regime de prestação dos serviços de saúde após sua ponderação com outros valores acolhidos pela Constituição.

Levando-se em conta que os serviços de saúde são prestados tanto pelo Estado (direta ou indiretamente) quanto pela iniciativa privada, conforme determina o *caput* do artigo 199 da Constituição Federal,³⁶ a universalidade e igualdade de acesso implicam a garantia de que todas as pessoas que necessitem de assistência à saúde obtenham atendimento – seja ele prestado pelo Estado, por entidade privada a ele vinculada ou por entidade privada autônoma. Esse é o entendimento adotado pela teoria constitucional contemporânea acerca dos *direitos a prestações em sentido estrito*, como é o caso da saúde.³⁷

Nessa perspectiva, nos termos da Constituição Federal, tanto a universalidade quanto a igualdade devem ser materiais e não meramente formais. Devem ter como critério a finalidade da atuação estatal – como ponto de chegada e não como ponto de partida. Isso significa que a efetivação do direito à saúde, e dos direitos sociais em geral, demanda a análise no caso concreto da condição de cada pessoa e o tratamento discriminatório – ao qual a doutrina constitucional costuma denominar *discriminação positiva*.³⁸ Mesmo porque, em uma análise minuciosa,

35 Note-se que, enquanto a universalidade e igualdade constam da segunda parte do artigo 196 da Constituição Federal e voltam-se a todas as atividades de assistência à saúde, a integralidade do atendimento consta do inciso II do artigo 198 do texto constitucional, como uma diretriz a ser adotada para a organização de todo o sistema público de saúde. Não obstante, resta evidenciado que tais princípios incidem sobre a própria prestação estatal ou privada dos serviços públicos de saúde, conformando seu regime jurídico.

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

37 A classificação das atividades prestacionais do Estado foi analisada no Capítulo 2 deste trabalho.

38 Nesse aspecto, é pertinente a comparação que se pode fazer com a consagração dos direitos fundamentais de primeira dimensão, tratados no Capítulo 2. Tais direitos tinham como pressuposto a igualdade formal de todas as pessoas, e levaram a situações de iniquidade insuportáveis na

no âmbito da saúde pode-se verificar que *doenças iguais não significam doentes com necessidades iguais*.³⁹

Já integralidade do atendimento, prevista pelo artigo 198 da Constituição Federal, configura uma das diretrizes a serem observadas na organização do subsistema público de saúde. Sua previsão possui, assim, alcance indireto sobre o regime jurídico de prestação dos serviços de saúde, os quais devem garantir o atendimento integral.

A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 7.º, inciso II, estabelece que a integralidade da assistência, deve ser entendida como *conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema*. Trata-se, pois, na opinião de alguns, da *articulação entre as ações e serviços, preventivos e curativos, individuais e coletivos*,⁴⁰ ou da *indissociação entre prevenção e atenção curativa*,⁴¹ a qual tem por objetivo reparar a dicotomia administrativa anterior à Constituição Federal de 1988, já assinalada neste trabalho, entre as ações preventivas de cunho coletivo e os serviços assistenciais de caráter individual.⁴² Assim, da mesma forma que os demais princípios consignados no artigo 198 da Constituição Federal, a aplicação do princípio da integralidade não se volta diretamente à prestação de cada serviço de saúde em si, mas à organização de todo o sistema público de saúde, que deve garantir prestações interligadas, voltadas tanto à prevenção quanto à cura de doenças.⁴³

sociedade. Da mesma forma, a universalidade e a igualdade formal na oferta de serviços públicos de saúde deixam de levar em consideração as desigualdades materiais entre os cidadãos e conduzem a situação de desigualdade real. Defender, pois, um SUS, universal e igualitário a todas as pessoas indistintamente, como se tais valores fossem absolutos, implica incorrer no mesmo equívoco que a história já demonstrou perturbador: seu resultado é mais iniquidade, mais desigualdade e menos universalidade. Note-se que se está tratando dos serviços de saúde prestados no Brasil, em que convivem, sem delimitação de áreas de atuação a prestação pública e privada.

39 COHN, Amélia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R.; KARSH, Ursula S. **A saúde como direito e como serviço**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p.22.

40 SILVA, José P. Vicente da; PINHEIRO, Roseni.; MACHADO, Felipe R. S. Necessidades, demanda e oferta: algumas contribuições sobre os sentidos, significados e valores na construção da integralidade na reforma do Setor de Saúde. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v.27, n.65, p.235, set./dez. 2003.

41 RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da constituição**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003. p.143.

42 Conferir Item 3.1.1, acima.

43 Essa perspectiva sistêmica reflete-se tanto na organização e funcionamento do próprio sistema quanto no respeito às pessoas que com ele colaboram. Nesse sentido, tem razão Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem: "(...) o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente

O que impende ressaltar a propósito do tema é que todos os serviços de saúde prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, são serviços públicos, dotados de um regime jurídico próprio, que demanda, além dos princípios gerais da continuidade e da adequação, princípios específicos, como a universalidade e igualdade de acesso e integralidade de atendimento (esse último a ser interpretado em sentido amplo). Portanto, os serviços de saúde podem ser qualificados como serviços de relevância pública quando prestados pelo particular sob o regime privado. Todas as vezes em que o privado tiver de prestar serviços de saúde com respeito aos princípios do serviço público, este particular estará prestando um serviço público e demandará todas as garantias estatais oferecidas aos prestadores privados de serviços públicos.

4. Parcerias público-privadas voltadas à prestação de serviços públicos de saúde

As parcerias voltadas à prestação de serviços públicos de saúde no Brasil são em sua maioria incapazes de garantir os princípios dos serviços públicos. Isso porque predomina em solo pátrio o entendimento de que as parcerias na saúde são meros mecanismos de fomento estatal a atividades privadas e não efetivos instrumentos de disciplina de um serviço público.

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"⁴⁴ A diferença entre fomento e prestação de serviços públicos é ressaltada por Juan Carlos CASSAGNE:

garantir uma utilização eficiente por parte de seus destinatários, tal como razoavelmente estaria nas expectativas de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos." (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.135-136).

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

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 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.⁴⁵

Como assinalado acima, houve recente alteração do papel do Estado na garantia de direitos e na conseqüente prestação de *serviços*. Se durante algum tempo a prestação de *serviços sociais*, como o serviço público de saúde, tinha como fundamento a defesa da coletividade e era realizada como benemerência do Estado, hoje essa prestação decorre também de *dever constitucional prestacional*. Essa transição ocorreu na Europa a partir de meados do século passado e no Brasil consolidou-se após 1988. A nova Constituição brasileira trouxe expressa uma série de direitos voltados ao humano, os quais têm sido, finalmente, interpretados como *direitos públicos subjetivos*.

Essa transição significa que tais serviços sociais não demandam meramente a atividade de *fomento* estatal. Após 1988, todos os serviços dos quais dependa a materialização de direitos fundamentais devem ser assumidos pelo Estado como sua responsabilidade. Essa é a noção de *serviço público social*. Portanto, eventuais parcerias público-privadas no setor de saúde não podem ser disciplinadas como mera atividade de fomento.

A correta compreensão do problema não é meramente teórica, já que a noção de serviço público traz consigo a ideia de responsabilidade do Estado por sua garantia. Nesse viés, os vínculos eventualmente firmados pelo Estado com vistas a sua prestação não podem ter as mesmas características daqueles vínculos criados com o objetivo de incentivar atividades relevantes. Caso a opção estatal seja pela prestação indireta de serviços públicos de saúde, o vínculo a ser firmado com o particular deve conter todas as garantias existentes nos ajustes voltados à prestação de serviços públicos liberais. Mais do que a discussão abstrata e ideoló-

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

gica acerca da possibilidade de prestação indireta de serviços públicos sociais, cabe ao administrativista contemporâneo enxergar a realidade da Administração Pública e das demandas sociais pautadas no texto constitucional e oferecer soluções que garantam o respeito real e concreto aos direitos fundamentais.⁴⁶ A *Administração Pública Social* não é aquela que apenas fomenta os serviços sociais voltados ao desenvolvimento humano; é aquela que os presta – direta ou indiretamente – sob o regime jurídico dos serviços públicos.

O grande desafio a ser superado pelo Estado contemporâneo em todas as suas áreas de atuação consiste em aproveitar ao máximo a atuação da iniciativa privada, mas garantir que tal atuação ocorra de maneira eficiente e sem desvios. Essa é a questão atual a ser respondida, especialmente em solo brasileiro. A necessidade de flexibilidade da Administração Pública, a superação do modelo procedimental-formalista, a inevitabilidade das parcerias com a iniciativa privada, são idéias que se encontram difundidas tanto na teoria da Administração⁴⁷ quanto na teoria do Direito Administrativo.⁴⁸ O problema é encontrar os mecanis-

46 Afinal, como assinala Odete MEDAUAR: "O administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado atual, realizadas, em grande parte, pela atuação da Administração Pública. Por conseguinte, o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas. O direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança" (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.267-268).

47 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'". (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).

48 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**

mos adequados, em cada atividade, que proporcionem sua consecução com eficiência em cada área de atuação estatal.

O desenvolvimento humano depende da garantia dos direitos sociais, como o direito à saúde, os quais demandam, muitas vezes, a intervenção do Estado, por meio de prestações, de modo *contínuo e adequado*. Nessa hipótese, caso sejam celebradas parcerias público-privadas, é imprescindível que o vínculo firmado entre o Estado e o ente privado garanta os princípios do serviço público em questão. Para isso, é imprescindível tanto a imposição de uma série de deveres ao prestador privado quanto a garantia de estabilidade e do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Isso não significa que toda a vez que o Estado celebrar parceria público-privada para a prestação de *serviços sociais*, o serviço será transformado em *serviço público social*. Tal qualificação depende materialmente da essencialidade e exigência de continuidade/adequação do serviço, e formalmente, de sua qualificação, por lei (ou pela Constituição) como *serviço público social*. Assim, pode-se ter modelos de ajuste com características diversas, a depender do conteúdo do direito e da potência da intervenção estatal neste ou naquele setor. Em alguns casos, é satisfatório o fomento público à prestação privada *de serviços de relevância pública*; em outros casos, em face da exigência de continuidade e adequação de sua prestação, é necessária a prestação (direta ou indireta) de serviço público social. Esse é o caso das parcerias no setor de saúde.

Nos serviços de saúde, a insuficiência na prestação de serviços sociais pela própria sociedade exige a intervenção estatal. Mas essa intervenção não consiste em mera atividade de fomento, mas em sua prestação direta ou indireta, com garantias de adequação e continuidade para o prestador privado e, conseqüentemente, para o cidadão. Note-se que tais garantias constam da legislação e dos ajustes celebrados para a concessão de *serviços públicos liberais* a empresas privadas, que recebem recursos diretamente dos usuários (concessão comum) ou mesmo do Estado (concessão patrocinada e concessão administrativa).⁴⁹ Nesses dois casos, a questão é legislativa, jurisprudencial e doutrinariamente

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

49 Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

muito bem compreendida, com o consenso de que o parceiro privado possui garantias, em especial da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de seu ajuste. Disso decorre que o melhor modelo de parcerias para a prestação de serviços públicos de saúde consiste na parceria público-privada prevista pela Lei federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 20014, em especial a concessão patrocinada.

4.1. Concessões administrativas

A Lei n. 11.0179/14, conhecida como lei das parcerias público-privadas trata, na verdade, de dois modelos de parcerias: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Nos termos do artigo 2º da lei, a concessão patrocinada consiste na concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já a concessão administrativa consiste no contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

O que importa ter claro é que na concessão patrocinada, quem remunera o parceiro privado é tanto o usuário do serviço público quanto o Estado, que complementa o valor da tarifa cobrada. Essa modalidade de parceria público-privada pode ser usada para o financiamento de serviços em que a atividade pode ser cobrada do usuário, mas o valor máximo da cobrança não é suficiente para arcar com o curso do investimento. Um exemplo pode ser dado na construção de uma ponte. É possível que se cobre dos transeuntes um valor a título de pedágio, mas esse valor jamais será capaz de remunerar a empresa privada construtora e operadora da ponte, sob pena de ter-se um pedágio tão caro que inviabilize ao usuário a utilização da ponte. Nessa hipótese é possível a celebração de uma concessão patrocinada, em que há pagamento de pedágio em valor razoável, com complementação do valor pela própria Administração Pública.

Já a concessão administrativa pode ser usada nas hipóteses em que não há um usuário final, como na construção de edifícios para uso exclusivo de órgãos públicos, e também nas hipóteses em que os ser-

viços a serem prestados são necessariamente gratuitos. Essa segunda hipótese abriga os serviços públicos de saúde. Considerados pelo ordenamento brasileiro como gratuitos,⁵⁰ os serviços de saúde podem ser prestados por empresas privadas que celebram contratos de concessão administrativa com o Estado. Por meio dessa modalidade de ajuste, o parceiro privado compromete-se a construir e/ou equipar uma unidade de saúde pública, bem como prestar o serviço de modo gratuito a todos que dele necessitarem.

A grande vantagem da concessão administrativa no setor de saúde é que esse modelo de parceria segue a lógica dos serviços públicos econômicos. Isso significa que o prazo para a execução do contrato é longo (até 35 anos), há garantias ao privado de que o Estado cumprirá seus deveres contratuais (como a existência de um fundo garantidor das parcerias público-privadas) e há segurança de que o parceiro público não vai rescindir a avença a seu bel-prazer (essa hipótese está condicionada à comprovação do interesse público que justifique a rescisão, bem como do pagamento de indenização ao parceiro privado). Existe, portanto, nas concessões administrativas, todo um arcabouço jurídico que visa a blindar jurídica e economicamente o parceiro privado contra atos contraditórios do parceiro público. Essa blindagem gera estabilidade do vínculo e acaba por garantir a necessária segurança para a prestação eficiente e contínua dos serviços públicos.

4.2. Convênios, termos de colaboração e termos de fomento

Os convênios público-privados foram criados como resultado de grave desvio de finalidade. Isso porque essa modalidade de ajuste foi criada para regular vínculos entre duas entidades públicas, providas de interesse comum legalmente previsto. Com o tempo, esse ajuste passou a instrumentalizar também o repasse de recursos a título de fomento a atividades privadas de relevância pública. Uma breve análise histórica do direito público pátrio demonstra esse caminho.

50 A gratuidade dos serviços públicos de saúde não é prevista pelo texto constitucional brasileiro, mas inferida da interpretação que se faz da Lei n. 8;080/90.

Na Lei n.º 2.312, de 3 de setembro de 1954, uma série de dispositivos fazem referência à celebração de convênios, todos eles envolvendo *duas entidades públicas*. Já no regulamento da referida lei – Decreto n.º 49.974-A, de 21 de janeiro de 1961 –, além de referências a *convênios entre entes públicos*, há menção a convênios com *entidades privadas*, os quais são mencionados tendo como objetivo *fomentar* o desenvolvimento de tais atividades privadas.

Seguindo tal linha, o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, trata genericamente dos convênios entre entes públicos e, ao se referir especificamente à Política Nacional de Saúde, prevê a celebração de convênios com a iniciativa privada. Daí o desvirtuamento de sua concepção original que vige até hoje no Brasil, nos termos do Decreto Federal 6.170, de 25 de julho de 2007, (e suas alterações) e pela Instrução Interministerial n.º 507, de 24 de novembro de 2011 (também frequentemente alterada).

Em sede constitucional, os convênios constam de diversos artigos da Constituição de 1967 e da Constituição de 1969, todos eles fazendo referência a ajustes celebrados entre entes públicos. Na Constituição Federal de 1988, há previsão de celebração de convênios no artigo 37, inciso XXII, no artigo 39, § 2º, no artigo 71, inciso VI, e no artigo 241. Todos eles tratando de ajustes celebrados entre entes federativos. A única previsão constitucional de convênio com a iniciativa privada é aquela contida na ordem da saúde – especificamente no parágrafo primeiro do artigo 199 do texto constitucional.

Mesmo após a série de alterações no tratamento infralegal dos convênios, é retumbante sua inadequação para disciplinar ajustes do Estado com entidades privadas prestadoras de *serviços sociais*.

Isso porque, como mencionado, a disciplina dos convênios possui características incompatíveis com tais atividades, cria deveres insuperáveis aos parceiros privados, gera burocratização de procedimentos e, especialmente, deixa de estabelecer deveres e responsabilidades do parceiro público. Enfim, o convênio foi criado para não funcionar: ao transferir recursos públicos a entidades privadas, elas se tornam repartições públicas e permanecem reféns da boa vontade do parceiro público durante toda a execução do ajuste, o qual pode rescindir o vínculo a qualquer momento. Em poucas palavras, pode-se dizer que a disciplina

dos convênios estabelece um emaranhado de deveres burocrático-formais que tem como grande resultado oferecer ao parceiro público justificativa para, a qualquer tempo, suspender os repasses de recursos ou mesmo rescindir o vínculo. Mesmo com os balizamentos trazidos pela regulamentação dos convênios e pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, pode-se perceber no substrato dos convênios o ranço de sua origem (público-privada) ligado a um favor realizado pelo governante em prol de determinada entidade.

Ressalte-se, o favor não termina na celebração de um convênio. Ele permanece durante toda a execução do objeto ajustado, já que os convênios, como se dizia no século passado, são precários. Tal entendimento ainda prevalece na doutrina e encontra-se na própria disciplina dessa modalidade de ajuste:

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.⁵¹

Entidades prestadoras *de serviços públicos de saúde* que celebram convênios com o Estado permanecem dependentes da boa-vontade do administrador para que recebam os recursos previstos no ajuste. Não raro, os deveres do parceiro público não são cumpridos e a responsabilidade pela má-prestação do serviço acaba recaindo sobre o parceiro privado.

É importante ressaltar que a Lei federal n. 13.019 de 31 de julho de 2014 extinguiu a figura dos convênios público-privados, substituindo tal modelo de ajuste pelos termos de colaboração e termos de fomento. Esses dois novos modelos de ajustes têm a mesma natureza, sendo entendidos como o instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público. A única diferença ente eles consiste na iniciativa da celebração do vínculo: enquanto os termos de fomento são de iniciativa da própria sociedade civil, por meio de um

⁵¹ Decreto n.º 6.170/07.

procedimento denominado procedimento de manifestação de interesse social (PMIS),⁵² os termos de colaboração têm origem na própria Administração Pública.

Ainda que haja várias inovações trazidas pela Lei federal n. 13.019/14, que entra em vigência no dia 27 de julho de 2015,⁵³ a natureza jurídica dos ajustes por ela disciplinados é a mesma dos convênios. Trata-se de vínculo de parceira sem qualquer estabilidade, voltado à execução de atividades que não demandam continuidade e eficiência, tão importante para a prestação dos serviços públicos de saúde. Tanto isso é verdade que a lei é expressa em determinar a possibilidade de rescisão da avença por qualquer das partes, como antecedência de apenas 60 (sessenta) dias de aviso prévio.⁵⁴

Portanto, a mesma instabilidade dos convênios, tão nociva sobre os ajustes que instrumentalizam a prestação de serviços públicos de saúde também incide sobre os termos de fomento e termos de colaboração.

Hoje, tais serviços materializam direitos fundamentais e exigem que o Poder Público garanta segurança e estabilidade ao agente privado. Essas garantias definitivamente não existem nas parcerias público-privadas disciplinadas por convênios, termos de colaboração e termos de fomento.

4.3. Contratos de Gestão e Termos de Parceria

Dois outros modelos de parceria público-privada para a prestação de atividades sociais e serviços públicossão previstos pela Lei n. 9.637/98 e pela Lei n. 9.790/99. Trata-se do Contrato de Gestão com

52 Eis o que prevê a lei em referência: Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

53 A *vacatio legis* da Lei n. 13.019/14 foi estabelecida um ano, como se vê de seu artigo 88, que assim prescreve: Art. 88. Esta Lei entra em vigor após decorridos 360 (trezentos e sessenta) dias de sua publicação oficial (Redação dada pela Lei nº 13.102, de 2015).

54 Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração ou de termo de fomento, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais: (...)XVI - a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;

entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais (OS),⁵⁵ e do Termo de Parceria firmados com entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).⁵⁶ Em que pese a existência de uma série de similaridades nos dois modelos de ajuste, sua aplicação possui duas distinções importantes.

A primeira reside no objeto do ajuste. Enquanto a Lei das OS possui um rol restrito de atividades, a Lei das OSCIP traz um rol mais extenso. Quanto à segunda distinção, é de se ressaltar que as OS possuem claro objetivo de atuar em estruturas públicas já existentes enquanto as OSCIP têm, em sua origem, a tendência de exercer suas atividades em instalações próprias. Não obstante, dada a similaridade dos modelos, não raro são celebrados termos de parceria nos quais o parceiro privado utiliza bens e equipamentos do parceiro público. Isso ocorre, em especial, na área da saúde, já que o Brasil possui um número significativo de hospitais públicos em péssimas condições de funcionamento ou simplesmente abandonados.

Uma questão, no entanto, não foi satisfatoriamente disciplinada e interpretada no contrato de gestão e no termo de parceria quando celebrados para a prestação de serviços de saúde.

Trata-se da *precariedade dos vínculos* e a *falta de responsabilização do parceiro público* no cumprimento de seus deveres. Isso decorre tanto da ausência de previsão legal específica na lei dos Contratos de Gestão e dos Termos de Parceria, quanto da inadequada interpretação de tais textos legais. Antes a ausência de disposição legal expressa, é costume aplicar-se por analogia ao Contrato de Gestão e ao Termo de Parceria, a disciplina dos Convênios.⁵⁷

55 Lei n.º 9.637/98: Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

56 Lei n.º 9.790/99: Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

57 Nesse ponto, é possível falar-se de uma *convenialização* dos Termos de Parceria e também dos Contratos de Gestão. Ora, tais modelos de ajuste trouxeram inovações na disciplina das parcerias para a prestação de *serviços públicos sociais*, como o serviço público de saúde, com o exato objetivo

Um caso emblemático que não raro acontece é o seguinte: um novo prefeito decide não manter determinado Termo de Parceria ou Contrato de Gestão com a entidade que presta serviços de saúde. Isso por qualquer razão, inclusive porque o termo celebrado não seguiu as regras de licitação (que não possui previsão legal) ou porque a entidade parceira foi escolhida pelo antecessor (que é seu adversário político). O novo prefeito rompe o vínculo, diminui o valor dos repasses de recursos, altera quase que a seu bel-prazer o objeto do ajuste. Quem sofre é a entidade privada parceria e os cidadãos dependentes de sua atuação. A solução para tal problema, talvez o mais grave de todos nessas modalidades de vínculo é: (i) a definição clara, por lei, do processo licitatório de escolha da entidade parceira; e (ii) a previsão de estabilidade do vínculo, com penalidades graves ao administrador que descumpra os deveres assumidos.

Além disso, no caso de o objeto do ajuste ser qualificado como *serviço público social*, como é o caso da saúde, é imprescindível a previsão de maior prazo para execução dos serviços, já que se trata de prestações contínuas. Nesses casos, são necessárias leis específicas para cada serviço social, que garantam prazo suficiente e, especialmente, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.⁵⁸ Ainda que nem sempre a entidade privada tenha de fazer grandes investimentos, como ocorre em regras nas parcerias para prestação de *serviços públicos econômicos*, há gastos vultosos em despesas contínuas, que devem ser suportadas, caso o Estado assumira a responsabilidade pelo serviço (que é seu dever).

de escapar de toda a disciplina inadequada dos convênios. Não obstante, encontra-se em vários dispositivos infralegais, nas diversas esferas federativas, no entendimento de Tribunais de Contas e outros órgãos de controle, tratamento idêntico entre o Termo de Parceria, o Contrato de Gestão e o Convênio. Chega-se ao ponto de denominar referidos modelos de ajuste como “*convênios e instrumentos congêneres*”.

58 No caso da saúde essa previsão legal existe, apesar de ser absolutamente descumprida. Trata-se da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que assim determina: Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde. § 1.º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados. § 2.º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Por fim, uma observação quanto à finalidade do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria. Ambas as leis prevêem expressamente que eles têm como objetivo o *fomento e a execução* das referidas atividades. Ora, o vínculo será para o *fomento* quando a atividade objeto do ajuste for um *serviço de relevância pública*. Quando tal atividade configurar *serviço público social* o vínculo será próximo à delegação de serviço público, com previsão de garantia de sua efetiva prestação e continuidade, como acima assinalado.⁵⁹ Nos *serviços públicos sociais*, assim como nos *serviços públicos econômicos*, o instrumento de ajuste com o prestador privado deve garantir o respeito aos princípios do serviço público. A entidade privada prestadora de serviços públicos de saúde deve obedecer aos princípios da gratuidade, continuidade, universalidade e integralidade, mas deve também, em contrapartida, ter respeitado seu direito de receber do parceiro público garantias jurídicas e financeiras que lhe assegurem condições, nos termos da avença, de cumprir seus deveres.

Ao interpretar as parcerias com o terceiro setor como mero mecanismo de incentivo estatal a atividades privadas, no qual não se reconhece o comprometimento do poder público com o resultado das prestações, está incentivando, na verdade, o desrespeito ao direito à saúde. Parcerias são úteis e necessárias, tanto na área econômica quanto social. Mas não é admissível que as parcerias público-privadas voltadas à execução de serviços públicos econômicos tenham maior estabilidade e segurança do que aquelas voltadas à garantia do direito à saúde.

5. Conclusões

Para assegurar todos os direitos previstos no texto constitucional, o Estado brasileiro tem o dever de adotar os modelos administrativos mais adequados para a prestação de serviços públicos. No setor de saúde, além da prestação direta, a Administração Pública pode valer-se

59 Com isso, ao se tratar o contrato de gestão e o termo de parceria, em determinadas hipóteses, como modelos de delegação, mais firme deve ser o vínculo e maior a responsabilidade estatal pela efetiva prestação do serviço – o que vai se comprovar pelos dispositivos contratuais em questão. Nessa perspectiva, Marçal JUSTEN FILHO assinala que:“(…) é imperioso verificar a natureza jurídica do ato pactuado sob a denominação de contrato de gestão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.36).

da *expertise* privada. Para tanto, podem ser celebradas parcerias instrumentalizadas por convênios (substituídos pelos termos de colaboração e termos de fomento), contratos de gestão, termos de parceria e concessões administrativas. A grande questão a ser enfrentada pela doutrina brasileira nos próximos anos reside na insegurança que alguns desses modelos de ajuste trazem à efetiva garantia do direito à saúde.

O problema decorre do entendimento equivocado de que os *serviços públicos sociais*, quando prestados por entes privados, consistem em atividades privadas meramente fomentadas pelo Estado. Essa concepção remonta ao final do século passado, quando o Estado não tinha o dever de prestar serviços públicos sociais, mas apenas os incentivava com fundamento em sua benemerência. A consequência desse modelo teórico reside na precariedade dos vínculos e na falta de comprometimento do poder público com a efetiva prestação dos serviços. Os serviços de saúde configuram dever do Estado e devem ser prestados (direta ou indiretamente) de modo eficiente, contínuo e adequado. Por isso são expressamente qualificados pela Constituição Federal como *serviços públicos*: para que o Estado assuma a responsabilidade por sua prestação (ainda que o faça de maneira indireta).

Ocorre que nas parcerias para a prestação de *serviços públicos sociais* em que o agente privado é desprovido de finalidade lucrativa, não há previsão dessa responsabilidade. Tanto nos convênios (agora substituídos pelos termos de colaboração e termos de fomento), quanto nos Contratos de Gestão com Organizações Sociais e nos Termos de Parceria com OSCIPs, a regra é a precariedade do vínculo e a possibilidade de desrespeito estatal às cláusulas regulamentares e financeiras da avença. O desafio consiste, portanto, na superação do entendimento segundo o qual tais modalidades de parceria devem ser interpretadas e regulamentadas como meros instrumentos de fomento estatal, desprovidos das garantias típicas dos vínculos de delegação de serviço público.

A solução do problema depende, assim, da adoção de mecanismos que exijam o comprometimento do poder público com a estabilidade jurídica e a viabilidade econômica das parcerias que têm como objeto a prestação de serviços públicos de saúde. Nessa direção, o modelo de ajuste mais adequado para a atuação privada no setor de saúde é a concessão administrativa. Resultado de uma adaptação do modelo

clássico de concessão de *serviços públicos econômicos*, a concessão administrativa traz uma série de mecanismos legais que protegem o agente privado contra o descumprimento de deveres, a irresponsabilidade e a prática de comportamentos contraditórios pelo poder público.

As parcerias com entidades do terceiro setor, em especial o contrato de gestão e o termo de parceria, são imprescindíveis para a garantia do direito à saúde. Mas sua disciplina jurídica merece reparos de *lege ferenda* e, enquanto isso não acontece, sua interpretação deve ter como parâmetro não a disciplina de convênios (substituídos pelos termos de colaboração e termos de fomento), que instrumentalizam mera atividade de fomento, mas a disciplina das concessões administrativas, que instrumentalizam a prestação privada de *serviços públicos*.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

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

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

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955. Tomo I.

CAÑADA, Isabel Maria V. **Público y Privado en la gestión de la Seguridad Social em España. Dimensión Jurídica**. Granada: Comares, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nova concepción). **Revista de Administración Pública**, n.140, maio/ago. 1996.

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

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

DIAZ, Jose Ramon. **Estado Social e Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1989.

DOURADO, Maria Cristina C. de O. O repensar do conceito de serviço público. **Revista Interesse Público**, n.9, 2001.

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

DUGUIT, León. **Traité de DroitConstitutionnel**. 2.ed. Paris: AncienneLibrairieFontemoing, 1923. Tomo II

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do WelfareState. **Revista de Cultura e Política**, n.24, p.102, set. 1991.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões de serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, ano XXII, n.6, p. 648, jun. 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MODESTO, Paulo. O direito administrativo do terceiro setor: a aplicação do direito público às entidades sem fins lucrativos. *In*: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 7.ed. Paris: Montchrestien, 2001.

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

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

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico). **Parcerias público-privadas e justiça**: uma análise comparada das diferentes experiências. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Trad. Luís C. de Aguiar. 4.ed. [s. l.]: Fundação CalousteGulbenkian, 2006. v.2.

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

VERGARA, Patrícia Lopes. Titularidad en el Servicio Público. **Revista de Derecho Administrativo**, ano 11, n.30-32, 1999.

VILLAR PALASÍ, José Luis. **La intervención administrativa en la industria**. Madrid: Instituto de EstudiosPolíticos, 1964.