



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
José Manoel de Arruda Alvim	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Alberto David Araújo	Rui da Cunha Martins
Luiz Edson Fachin	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Marco Antonio Marques da Silva	Teresa Celina de Arruda Alvim
Maria Helena Diniz	Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-37-5

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)
: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2017
Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos)
Bibliografia.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

PARCERIAS NO SETOR DA SAÚDE

Fernando Borges Mânica

INTRODUÇÃO

O estudo das parcerias no setor da saúde, sob a perspectiva jurídica, traz grandes desafios ao intérprete do Direito, os quais decorrem, de um lado, da multiplicidade de vínculos jurídicos aptos a instrumentalizar relações de parceria; e de outro, da dificuldade de definição do conteúdo jurídico do direito fundamental à saúde.

Parceria, em sentido técnico-jurídico, corresponde ao conjunto de relações em que as partes envolvidas, sem formar uma nova pessoa jurídica, somam esforços de modo voluntário, ordenado e estável, com objetivo de obter benefícios mútuos ou oferecê-los a terceiros.¹

Já a saúde é entendida como um estado dinâmico do organismo humano que resulta da interação momentânea de fatores internos e externos. O estado de saúde não corresponde à mera ausência de doença, mas à “completa condição de bem-estar físico, mental e social do ser humano”. Este conceito, adotado pela Organização Mundial da Saúde em 1946, difundiu-se ao redor do globo, de modo que os Estados nacionais disciplinam a saúde não apenas como um direito individual de não sofrer violação por parte do Poder Público ou de terceiros (direito individual de defesa), mas também como um direito social de obter ações e serviços voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde (direito social a prestações).

Nesse plano, o conteúdo do direito à saúde varia conforme cada ordenamento jurídico, sendo que a regulamentação do tema no Brasil reconhece uma importante distinção entre as formas de garantir o direito à saúde. Em solo pátrio, a “atenção à saúde” corresponde ao conjunto de intervenções ambientais e políticas externas ao setor sanitário, que congregam todos os fatores externos que incidem sobre a saúde das pessoas,

¹ No Direito brasileiro, a expressão é referida pela Lei 13.019/2014, que define “parceria” como “conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação”.

como as relativas a políticas macroeconômicas, emprego, habitação, educação, lazer e qualidade dos alimentos. Já a “assistência à saúde” diz respeito especificamente à prestação de atendimento individual ou coletivo em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar à saúde dos cidadãos.² Assim, enquanto a “atenção à saúde” é operacionalizada por uma série de atividades estatais, como o exercício do poder de polícia, o fomento e a regulação, a “assistência à saúde” materializa-se por meio da prestação de serviços públicos, denominados tecnicamente de “serviços de assistência à saúde”.³

Nessa medida, as parcerias no setor da saúde, em seu sentido amplo, correspondem a toda e qualquer relação jurídica, duradoura e estável, em que Poder Público e iniciativa privada conjugam esforços voltados à defesa, promoção, proteção ou recuperação das condições de bem-estar da população (atenção à saúde), o que inclui a formulação de políticas públicas, as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias, a fiscalização e inspeção de alimentos e outras atividades relacionadas no art. 200 da Constituição Federal. Já em sentido estrito, as parcerias na saúde correspondem aos ajustes celebrados entre o Poder Público e a iniciativa privada com vistas à prestação de serviços assistenciais à saúde dos cidadãos (assistência à saúde).

Portanto, ainda que as parcerias no setor da saúde possam ocorrer em todas as atividades voltadas à garantia do respectivo direito, o tema possui especial relevância no que toca à assistência à saúde. Essa tarefa estatal é tratada de modo específico pela Constituição brasileira, a qual prevê expressamente que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” e que “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” (art. 199, *caput* e § 1º).

² Tal distinção, entre “atenção” e “assistência” à saúde consta da Norma Operacional Básica do SUS 01/1996, veiculada pela Portaria GM/MS 2.203/1996.

³ É possível correlacionar, nessa medida, a noção de “assistência à saúde” com a noção de “serviço público”, que na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se a “(...) toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça, às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 665.)

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Previsão constitucional e constitucionalidade das parcerias na saúde	4
2. Complementaridade da participação privada no SUS.....	7
3. Regime Jurídico: as diretrizes do SUS e os princípios do serviço público	10
4. Modelos de ajuste: contratos de direito público e convênios.....	13
4.1. Contratos de direito público.....	13
4.1.1. Contratos administrativos	14
4.1.2. Parcerias Público-Privadas (PPPs).....	15
4.2. Convênios (em sentido amplo)	16
4.2.1. Convênios em sentido estrito	18
4.2.2. Contratos de Gestão	19
4.2.3. Termos de Parceria	20
4.2.4. Termos de Fomento, Termos de Colaboração e Acordos de Cooperação.....	20
5. Preferência pelas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos	22
Referências	24

1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALIDADE DAS PARCERIAS NA SAÚDE

A primeira referência às parcerias no setor da saúde consta do art. 197 do texto constitucional, segundo o qual as ações e serviços públicos de saúde – ASPs podem ser executados tanto pela estrutura administrativa estatal direta e indireta, quanto por pessoas jurídicas de direito privado e por pessoas físicas. Eis o teor do dispositivo:

“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.”

Como se pode perceber, o preceito constitucional faculta a execução de ações e serviços públicos de saúde por meio de parcerias com a iniciativa privada. Trata-se de uma faculdade que alcança não apenas os serviços assistenciais, mas de todo o conjunto de ações e serviços que interferem na saúde das pessoas, que podem ser compreendidos no conceito de “atenção à saúde”.⁴

O segundo art. da Constituição de 1988 que trata das parcerias na saúde possui alcance mais restrito, na medida em que trata especificamente dos serviços de “assistência à saúde”. Eis a redação do preceito em referência:

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

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

Pode-se perceber, nessa medida, que enquanto o art. 197 trata da participação privada em todas as ações e serviços de saúde, o art. 199 da Constituição trata especificamente das parcerias para a prestação de serviços assistenciais voltados ao atendimento hospitalar, ambulatorial e domiciliar aos cidadãos (assistência à saúde).

Durante algum tempo houve intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance de tais dispositivos. Segundo parte da doutrina e da jurisprudência pátrias, sendo o direito à saúde uma atividade fim do Estado, a prestação de serviços assistenciais de saúde deveria ser executada exclusiva ou prioritariamente pelo aparato estatal. Como reforço a essa tese, costumava-se invocar a incidência do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que exige concurso público para acesso a cargos e empregos públicos.

Após longos anos de discussão, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o tema em duas decisões plenárias. A primeira decisão foi dada na Ação Direta de

⁴ As ações e serviços públicos de saúde – ASPS – são relacionadas no art. 200 da Constituição Federal e no art. 6º da Lei 8.080/1990. Além disso, a Lei Complementar 141/2012 especifica em seu art. 3º as ASPS que devem ter seu custo computado para fins do cálculo de investimento mínimo em saúde e relaciona em seu art. 4º aquelas ASPS que não devem ter seu custo contabilizado para o cálculo do montante mínimo a ser investido em saúde por Municípios, Estados e União.

Inconstitucionalidade 1.923, em que se discutia o modelo de gestão por Organizações Sociais. No voto vencedor, o Min. Luiz Fux deixou consignada a constitucionalidade das parcerias com o terceiro setor nas áreas sociais, incluindo a área da saúde.

O entendimento sufragado pelo STF na ADI em referência diverge daquele segundo o qual os serviços públicos de saúde no Brasil devem ser prestados apenas ou prioritariamente por estruturas estatais. Segundo a Corte Suprema, cabe aos poderes constituídos definir o melhor modelo de atuação estatal em cada momento histórico, de modo que a decisão pela celebração de parcerias decorre de opção política constitucionalmente admitida. Nas palavras do Min. Luiz Fux:

“A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.”⁵

A segunda decisão sobre o tema das parcerias na saúde foi dada no Recurso Extraordinário, dotado de repercussão geral, 581.488/RS. No voto vencedor, o Min. Dias Toffoli reconheceu a vedação constitucional à diferença de classes no atendimento a cidadãos realizado pelo SUS. Nos fundamentos da decisão consta expressamente a possibilidade de prestação de serviços de assistência à saúde por entes privados, desde que respeitadas as diretrizes do SUS – dentre as quais, a inexistência de tratamento diferenciado entre os pacientes (objeto específico da discussão posta em julgamento).⁶

Pode-se perceber, nessa sintonia, que a interpretação constitucional acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, inverte a lógica adotada durante algum tempo no Brasil por parte da doutrina e da jurisprudência. Tal inversão consiste no reconhecimento da supremacia do direito fundamental à saúde e do regime jurídico de sua prestação em detrimento da natureza jurídica da estrutura encarregada de fornecer os serviços assistenciais de saúde.

⁵ STF, ADI 1.923/DF, Tribunal Pleno, rel. para o ac. Min. Luiz Fux, DJU 17.12.2015.

⁶ STF, RE 581.488/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, DJU, 08.04.2016.

2. COMPLEMENTARIDADE DA PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO SUS

A redação do § 1º do art. 199 da Constituição Federal, acima colacionado, prevê que a participação privada seja “complementar” ao SUS. Este autor já defendeu que a noção de complementaridade deve ter com parâmetro todas as ações e serviços de saúde, os quais não podem ser executados integralmente por entidades privadas, por envolverem atividades exclusivas de Estado, como ações de vigilância, regulação e formulação de políticas públicas.⁷ Nesse diapasão, defendeu-se que a complementaridade da participação privada nos serviços públicos de saúde, não implica qualquer limitação à esfera passível de atuação privada contratada ou conveniada na assistência à saúde. Isso porque a referência constitucional à “complementaridade” diz respeito à possibilidade de prestação tanto de uma forma (direta) quanto de outra (indireta).⁸

Em outras palavras, segundo a tese defendida, parte das ações e serviços públicos de saúde envolvem atividades exclusivas de Estado, as quais não podem ser trespassadas aos particulares por meio de parcerias. Já as atividades assistenciais, por envolverem a mera prestação de serviços, podem ser trespassadas a entes privados, desde que por meio de vínculos jurídicos que garantam o respeito às diretrizes do SUS e os princípios do serviço público.

Tal entendimento restou acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no já citado Recurso Extraordinário 581.488/RS, no qual o Relator, Min. Dias Toffoli, seguido pela unanimidade do STF, assim consignou:

“A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde. Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos

⁷ MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*, p. 167.

⁸ MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista brasileira de direito da saúde*, pp. 34-54.

especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.

Isso não implica que haja supremacia da Administração sobre o particular, que pode atuar, em parceria com o setor público, obedecendo sempre, como mencionado, os critérios da consensualidade e da aderência às regras públicas. Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória.”

Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica:

“[P]ode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe ao art. 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização”.⁹

Entretanto, essa complementariedade não autoriza que se desconfigure a premissa maior na qual se assenta o serviço de saúde pública fixada pela Carta Maior: o Sistema Único de Saúde orienta-se, sempre, pela equanimidade de acesso e de tratamento; a introdução de medidas diferenciadoras, salvo em casos extremos e justificáveis, é absolutamente inadmissível.¹⁰

A previsão constitucional de complementariedade no SUS, portanto, implica a possibilidade de prestação privada dos serviços de assistência à saúde, os quais integram (e complementam) o rol mais amplo de ações e serviços de saúde previsto no art. 200 do texto constitucional.

Nessa esquadra, no que tange aos serviços assistenciais, as parcerias com a iniciativa privada não decorrem da aplicação do princípio da subsidiariedade da atuação

⁹ MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*, p. 7.

¹⁰ STF, RE 581.488/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, DJU, 08.04.2016.

privada e tampouco da prevalência da atuação pública. As parcerias na saúde decorrem de decisão política a ser tomada com base no princípio da eficiência e instrumentalizada por vínculos jurídicos que garantam o respeito às diretrizes do SUS e aos princípios do serviço público.

Mas para além da previsão constitucional da complementaridade, o tema é disciplinado também em sede infraconstitucional, pela Lei 8.080/1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde – LOS. Em Capítulo intitulado “Da Participação Complementar”, tal diploma normativo traz o seguinte balizamento à complementaridade no SUS:

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

Como se percebe do excerto acima transcrito, a legislação infraconstitucional condiciona a celebração de parcerias na saúde à insuficiência (quantitativa ou qualitativa) da cobertura assistencial de saúde à população. Tal determinação enfatiza questão bastante óbvia, segundo a qual não é admitida a celebração de parcerias em locais onde não haja demanda por aumento ou melhoria no atendimento à saúde da população. Tal pressuposto de direito deve constar da motivação do ato administrativo que decide pela celebração de qualquer parceria com a iniciativa privada no âmbito do SUS, com a demonstração, por meio de estudos técnicos e dados concretos, da necessidade de expansão ou melhoria da cobertura assistencial.

Neste quadro constitucional e legal das parcerias na assistência à saúde, o conteúdo da participação privada complementar corresponde a 3 (três) grandes hipóteses:

- a prestação de um serviço ou um grupo de serviços internos ou externos, relacionados à atividade assistencial de uma entidade ou órgão público prestador de serviços de saúde;
- a prestação de serviços por uma unidade privada dotada de infraestrutura apta ao desenvolvimento dos serviços assistenciais; ou
- toda a gestão de uma unidade pública de saúde – incluindo atividades-fim, atividades-meio e atividades acessórias.¹¹

¹¹ MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*, p. 169.

O primeiro caso pode dar-se com a contratação de serviços de apoio diagnóstico, como laboratórios e exames de imagem. O segundo caso pode ser ilustrado pelas parcerias com hospitais privados, em geral de natureza filantrópica, que disponibilizam sua infraestrutura para o atendimento integral ou parcial a usuários do SUS. Já o terceiro caso diz respeito às parcerias nas quais uma entidade privada assume a gestão (ou gerência) de uma estrutura pública de atendimento à saúde.¹²

3. REGIME JURÍDICO: AS DIRETRIZES DO SUS E OS PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

A prestação de serviços públicos de assistência à saúde, mesmo no caso de parcerias com a iniciativa privada, deve observar uma série de diretrizes ou princípios, explícitos e implícitos, que incidem sobre a atuação do SUS. Dentre eles, deve-se destacar a universalidade e igualdade de acesso, a integralidade e a gratuidade do atendimento.

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. O tema, com acima mencionado, foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucional a segregação de classe entre os usuários do SUS, por meio de um tratamento diferenciado para determinadas pessoas.¹³

A integralidade do atendimento configura uma das diretrizes a serem observadas na organização do sistema público de saúde. A Lei 8.080/1990, em seu art. 7º, 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, da articulação entre as ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos.

Já a gratuidade dos serviços de saúde não consta como princípio expresso na Constituição Federal. A rigor, sua previsão consta da Lei Orgânica da Saúde, que assim dispõe: “Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços

¹² Nos termos da NOB 01/1996, aprovada pela Portaria GM/MS 2.203/1996, 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.), a “gestão” refere-se à 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.

¹³ STF, RE 581.488/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, DJU 08.04.2016.

públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. Trata-se, portanto, de uma diretriz instituída especialmente para a atuação de entes privados no SUS. Entretanto, a gratuidade foi incorporada ao ordenamento jurídico da saúde, tanto em sua prestação estatal quanto em sua prestação privada, de modo que não se admite qualquer outra interpretação da Constituição, senão a da gratuidade no SUS.

Além desses princípios, a Lei 8.080/1990 relaciona em seu art. 7º outros princípios e diretrizes que devem ser observados tanto do ponto de vista da organização do SUS, quanto do ponto de vista da prestação dos serviços de assistência à saúde.¹⁴

Por fim, deve-se destacar que além desses princípios e diretrizes, próprios do setor de saúde pública, devem ser observados, no que couber, os “princípios gerais dos serviços públicos”, construídos a partir da jurisprudência francesa e positivados no ordenamento brasileiro pela Lei 8.987/1995, conhecida como Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos. Ainda que os serviços de assistência à saúde não se submetam ao modelo concessório previsto pela lei em referência, não restam dúvidas de que sua prestação deve ocorrer com a observância de uma série de exigências que conformam o conceito legal de “serviço adequado”. Nesse sentido, dispõe a Lei 8.987/1995:

¹⁴ “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, 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;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos”.

“Art. 6º (...)

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”¹⁵

Todos esses princípios, diretrizes e condições devem ser observados pelo Poder Público na prestação das ações e serviços públicos de saúde, tanto na prestação direta estatal quanto na prestação indireta, pelas entidades privadas com fins lucrativos e sem fins lucrativos que integram o sistema único de saúde por meio de parcerias.¹⁶

As parcerias na saúde devem, portanto, ser instrumentalizadas por meio de ajustes que garantam a observância das diretrizes do SUS e dos princípios dos serviços públicos, os quais materializam as bases do Estado social e democrático de Direito plasmado pela Constituição de 1988. Nessa esquadra, o regime jurídico dos serviços de assistência à saúde incide tanto sobre a prestação estatal, pela Administração Direta ou Indireta, quanto pela prestação privada, por entidades sem fins lucrativos ou com fins lucrativos. A nota distintiva entre a assistência pública e privada à saúde não reside, portanto, na natureza do prestador, mas no regime jurídico incidente.

Ressalte-se, por fim, que o regime jurídico das parcerias na saúde implica respeito ao equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes público-privados que tenham como objeto a assistência à saúde. Tal determinação, essencial à garantia dos demais princípios e diretrizes do SUS prestados pela iniciativa privada, encontra-se prevista pelo art. 26 da Lei 8.080/1990.¹⁷

¹⁵ Deve-se notar que o princípio da modicidade das tarifas, no caso dos serviços públicos de assistência à saúde, é substituído pelo princípio da gratuidade.

¹⁶ Sobre o regime jurídico dos serviços públicos, conferir: FREIRE, André Luiz. *O regime jurídico de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*.

¹⁷ “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.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste art., 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.

§ 2º 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”.

4. *MODELOS DE AJUSTE: CONTRATOS DE DIREITO PÚBLICO E CONVÊNIOS*

A Constituição Federal faz referência aos “contratos de direito público” e aos “convênios” como os vínculos de parcerias no setor da saúde. No entanto, a interpretação do dispositivo constitucional veiculado no parágrafo único do art. 199 da Constituição de 1988 deve ocorrer à luz das transformações legislativas ocorridas desde a promulgação do texto constitucional, o que implica a extensão dos dois conceitos. Isso porque nos últimos 20 (vinte) anos foram criados modelos específicos de ajuste dantes inexistentes, os quais podem ser reconduzidos à noção de “contrato de direito público” e de “convênio” adotada no dispositivo constitucional em referência.

4.1. Contratos de direito público

O contrato de direito público pode ser entendido como o acordo vinculativo, resultante da fusão de duas ou mais declarações de vontade harmonizáveis entre si, que regulamenta a relação entre as partes envolvidas, uma das quais o Estado, com vistas ao alcance de um objetivo previamente ajustado. Trata-se de uma categoria jurídica bastante ampla, que abrange todos os ajustes firmados pelo Poder Público, os quais submetem-se, ao menos em parte, a regras de Direito Público.

Utilizando-se do método de interpretação histórico, pode-se perceber que o uso da expressão “contratos de direito público” pelo Constituinte Originário decorreu da busca pela aplicação do regime jurídico de direito público sobre os vínculos firmados entre o Estado e os provedores privados de serviços de saúde, o que até então não ocorria nas parcerias na saúde em solo pátrio.

De outra banda, ao contrapor os contratos de direito público aos convênios, o Constituinte admitiu a participação privada no SUS por meio de avenças com caráter contraprestacional, típica dos Contratos Administrativos, regidos pela Lei 8.666/1993. Atualmente, contudo, além dos Contratos Administrativos, inserem-se na categoria dos contratos de direito público, as Parcerias Público-Privadas, instituídas mais recentemente pela Lei Federal 11.079/2004.

4.1.1. *Contratos administrativos*

A participação privada na prestação de serviços de assistência à saúde pode ocorrer por meio de Contratos Administrativos de prestação de serviços.¹⁸ Por meio deles, a Administração Pública paga um valor certo e determinado pela prestação de um serviço de assistência à saúde a ser disponibilizado no âmbito do SUS.

No caso da assistência à saúde, o tema deve ser interpretado com base no art. 199, § 1º, da Constituição, que prevê a possibilidade de contratação de serviços de assistência à saúde de modo complementar ao SUS. Ainda que a assistência à saúde das pessoas configure atividade típica de Estado, denominada por alguns de “atividade-fim”, admite-se a contratação de serviços assistenciais que complementem o sistema único de saúde.

Nessa frequência, a noção de serviço complementar no âmbito do SUS, como já assinalado, é ampla, tendo como referência toda a estrutura de serviços do SUS. Por isso, podem ser entendidos como serviços complementares ao atendimento integral a ser dado aos pacientes do SUS, uma série de serviços técnicos especializados, dentre os quais serviços de laboratórios, clínicas de imagem, centros cirúrgicos, leitos hospitalares, UTIs e atendimento clínico.

Deve-se ter cautela, contudo, para que a contratação de serviços de assistência à saúde nos termos da Lei 8.666/1993 não implique mera terceirização de mão de obra, mediante fornecimento de pessoal para laborar sob comando da Administração Pública. Tal hipótese configura burla à legislação trabalhista e não se coaduna ao permissivo trazido pela Constituição Federal no que tange à prestação privada de serviços públicos de saúde.¹⁹

Por fim, insta mencionar que a celebração de contratos administrativos não

¹⁸ Nesse sentido, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 define “contrato administrativo”: “Art. 2º. (...) Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. Do mesmo modo, a lei define serviço como: “Art. 6º (...) II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

¹⁹ Para uma análise crítica do tema, conferir: ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*, 2014.

corresponde tecnicamente à noção de parceria, visto que na relação por ele disciplinada não há conjugação estável de esforços em prol de um interesse comum, mas a oposição de interesses opostos que se satisfazem reciprocamente. De todo o modo, tal modelo de ajuste amolda-se à hipótese constitucional de participação privada nos serviços públicos de saúde.

4.1.2. Parcerias Público-Privadas (PPPs)

As parcerias no setor da saúde podem ser instrumentalizadas por meio de Parcerias Público-Privadas – PPPs, previstas pela Lei 11.079/2004. A Lei das PPPs trouxe importante inovação ao ordenamento brasileiro ao disciplinar os contratos de concessão nos quais o agente privado é remunerado total (concessão administrativa) ou parcialmente pela Administração Pública (concessão patrocinada).²⁰ Considerando o já mencionado princípio da gratuidade dos serviços de assistência à saúde, admite-se no setor apenas a celebração de contratos de concessão administrativa, nos quais a integralidade dos custos é arcada pelo Poder Público, sem qualquer cobrança do usuário.

A concessão administrativa configura importante mecanismo de financiamento e operação de infraestruturas no setor de saúde. Em tal modelo de ajuste, a iniciativa privada assume o dever de construir/reformar/equipar estruturas públicas, sendo remunerada pelo Poder Público após o início da exploração da obra construída/reformada/equipada, conforme o alcance de metas de desempenho previamente previstas no instrumento contratual.

O objeto das concessões administrativas no setor de saúde deve incluir, além da reforma/construção/equipamentos, conforme previsão contratual:

²⁰ Conforme a Lei 11.079/2004:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a 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.

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

- os serviços operação dos serviços de apoio tais como portaria, segurança, nutrição, lavanderia e almoxarifado, ao que se denomina como serviços “bata cinza”;
- a prestação dos próprios serviços clínicos de assistência à saúde, tais como médicos, fisioterapeutas e enfermeiros, ao que se denomina de serviços “bata branca”;
- toda a gestão e operação da unidade, incluindo os serviços “bata cinza” e “bata branca”, ao que se denomina “modelo Alzira”.²¹

Por tratar-se de objetos de alta complexidade e natureza bastante diversa, a experiência internacional demonstra maior ênfase na celebração de contratos de concessão administrativa com objeto restrito aos serviços “bata branca” ou aos serviços “bata cinza”.²²

4.2. Convênios (em sentido amplo)

Convênio pode ser entendido como a relação entre duas ou mais pessoas que conjugam esforços para a obtenção de um objetivo comum previamente ajustado, inserido na esfera de competência dos envolvidos, voltado ao benefício próprio ou de terceiros. Nessa perspectiva, podem ser denominados convênios todos os ajustes em que haja colaboração ou cooperação entre as partes para a obtenção de uma finalidade comum, seja ela pública ou privada. A expressão congloba tanto a relação de parceria entre duas entidades estatais, entre dois entes privados ou mesmo entre uma entidade estatal e um ente privado. Daí a denominação de “convênios públicos” para o primeiro caso, de “convênios privados” para o segundo e de “convênios público-privados” para o terceiro caso.

A referência constitucional traçada no parágrafo primeiro do art. 199 refere-se, obviamente, aos convênios público-privados. No entanto, deve-se atentar que, no momento em que a Constituição de 1988 foi promulgada, havia apenas uma modalidade

²¹ Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. *Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos Municípios*, p. 160.

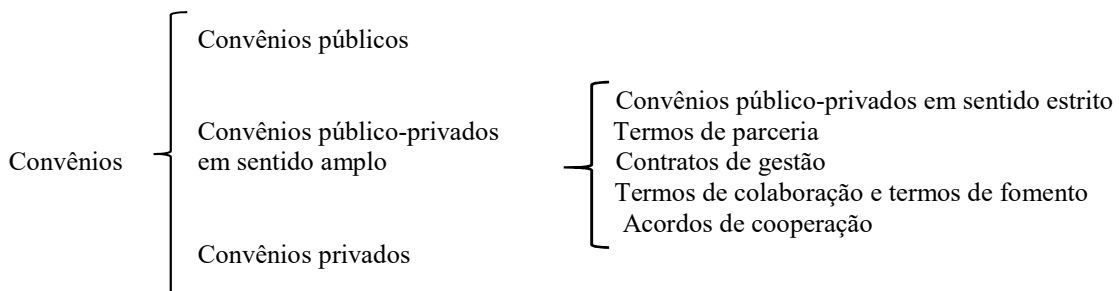
²² Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. Os três modelos de Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: um breve olhar para a experiência internacional. *Revista Colunistas*.

de ajuste de natureza convencional – o convênio regulamentado pelo Decreto 93.872/1986 e posteriormente disciplinado pelo art. 116 da Lei 8.666/1993.

No entanto, com o passar do tempo, novas modalidades de parceria foram introduzidas no ordenamento pátrio por legislação específica, como é o caso da Lei 9.637/1998 (contratos de gestão), Lei 9.790/1999 (termos de parceria) e Lei 13.019/2014 (termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação). Todas essas leis tratam de ajustes que instrumentalizam a soma de esforços para a obtenção de um resultado de interesse comum, inclusive a prestação complementar de serviços ao SUS.

Com isso, o quadro legislativo pátrio demandou nova leitura ao disposto no parágrafo primeiro do art. 199 da Constituição Federal, de modo que a expressão “convênio” lá referida passou a significar não apenas os convênios público-privados disciplinados pelo art. 116 da Lei 8.666/1993, mas todas as modalidades de parceria com entidades do terceiro setor marcadas pela conjugação de esforços em prol de um interesse comum.

Nesse novo cenário institucional, afora os convênios públicos e os convênios privados, coexistem duas acepções do vocábulo “convênio”. Em sentido amplo, convênio público-privado refere-se a todas as modalidades de parceria com a iniciativa privada sem fins lucrativos, disciplinadas pelas diversas leis atualmente vigentes sobre o tema. Em sentido estrito, convênio significa a espécie de parceria com entidades sem fins lucrativos disciplinada especificamente pelo art. 116 da Lei 8.666/1993.²³ Em termos esquemáticos o quadro geral dos convênios pode ser visualizado da seguinte forma:



Desse contexto, é possível concluir que o § 1º do art. 199 da Constituição Federal

²³ Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. *Curso de direito do terceiro setor*. Inédito.

faz referência aos “convênios público-privados em sentido amplo”.

4.2.1. Convênios em sentido estrito

Em sentido estrito, convênios correspondem a uma das espécies de parcerias com a iniciativa privada existentes no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinada especificamente pelo art. 116 da Lei 8.666/1993 e regulamentada, na esfera federal, pelo Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007.

Atualmente, os convênios possuem âmbito de incidência bastante restrito, por força da Lei 13.019/2014. Tal lei limitou a celebração de convênios às parcerias celebradas no setor de saúde, determinando que todos os demais ajustes de tal natureza passem a adotar a forma de termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação.²⁴ Dessa forma, apenas podem ser celebrados convênios entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como objeto a prestação complementar de serviços públicos de saúde no âmbito do SUS, conforme preveem o art. 84, parágrafo único, inciso II e art. 3º, inciso IV da Lei 13.019/2014.²⁵

Nessa perspectiva, é possível a celebração de convênios nos casos em que uma entidade privada sem fins lucrativos, filantrópica ou não, busque realizar um projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento voltado à assistência à saúde da população, em regime de mútua cooperação com o Poder Público.

A execução do convênio deve ocorrer, nessa medida, por meio de infraestrutura privada, com uso da capacidade instalada da entidade conveniente. Isso não significa afirmar, contudo, a impossibilidade de que os valores repassados pelo Poder Público sejam investidos na construção, reforma ou compra de equipamentos a serem utilizados na prestação de serviços à população. A exigência legal, no caso, refere-se à aplicação de recursos com vistas à oferta de serviços assistenciais à população, conforme definido no plano de trabalho, anexo ao termo de convênio.

²⁴ Essas duas novas modalidades de vínculo serão estudadas em tópico subsequente.

²⁵ Assim dispõe o art. 84 da Lei 13.019/2014: “Art. 84. (...) Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (...) II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. Já o art. 3º da mesma lei expressa que: (...) Art. 3º. (...) IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal”. Da interpretação sistemática de ambos, conclui-se que apenas se admite a celebração de convênios em sentido estrito (nos termos da Lei 8.666/1993) para instrumentalizar parcerias na saúde.

4.2.2. *Contratos de Gestão*

O contrato de gestão é uma modalidade de parceria por meio da qual o Poder Público repassa recursos financeiros, físicos e/ou humanos a uma entidade privada qualificada como Organização Social, que assume a gestão de uma estrutura pública voltada à prestação de serviços públicos sociais ou serviços de interesse público, com o objetivo de alcançar padrões de eficiência e qualidade previamente definidos no instrumento de ajuste. Sua previsão em âmbito federal encontra-se na Lei 9.637, de 15 de maio de 1998.

No âmbito da saúde, o contrato de gestão instrumentaliza a gestão de serviços de assistência à saúde prestada em estruturas estatais por uma entidade qualificada como Organização Social. Diferentemente das demais modalidades de parceria com o terceiro setor, em que o Poder Público ajusta a prestação de determinados atendimentos ao SUS em unidades de saúde de propriedade privada, nos contratos de gestão a Organização Social gerencia serviços públicos de saúde prestados no âmbito de unidades estatais de saúde.

Não por outro motivo, o objeto da avença pode ser executado mediante o uso de bens públicos e, possivelmente, de servidores públicos, os quais podem ser cedidos pelo Poder Público à Organização Social parceira. Para as parcerias na saúde, a Lei 9.637/1998 prevê expressamente a necessidade de observância dos princípios e diretrizes do SUS.²⁶

Nessa esquadra, no contrato de gestão as entidades privadas não se utilizam de sua própria capacidade instalada, mas de uma estrutura estatal. Daí seu uso ser bastante comum nos casos em que o Poder Público não tem condições técnicas, operacionais ou financeiras de gerenciar unidades de saúde próprias, tais como unidades básicas de saúde, unidades de pronto atendimento, serviços de atendimento móvel de urgência e hospitais.

²⁶ “Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990”.

4.2.3. *Termos de Parceria*

Termo de parceria é a modalidade de ajuste por meio do qual o Poder Público repassa recursos a uma entidade privada sem fins lucrativos qualificada como OSCIP, que assume o dever de prestar serviços de interesse público, descritos em lei, conforme padrões de eficiência e qualidade previstos no instrumento de ajuste. Sua disciplina jurídica é dada, em âmbito federal, pela Lei 9.790 de 23 de março de 1999, regulamentada pelo Decreto 3.100/1999.

Um dos objetivos sociais que permitem a certificação de uma entidade do terceiro setor como OSCIP corresponde à “promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata a Lei 9.790/1999”.

Os termos de parceria com as OSCIPs são vínculos vocacionados ao incentivo estatal de um projeto, programa ou plano de ação a ser desenvolvido pela OSCIP. Deve-se notar, contudo, que o objeto dos termos de parceria difere daquele dos contratos de gestão. Enquanto os contratos de gestão são vocacionados a promover o trespasse da gestão de estruturas estatais a entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais, os termos de parceria são vocacionados a fomentar o desempenho de serviços de assistência à saúde não vinculados ao uso de infraestrutura estatal.

4.2.4. *Termos de Fomento, Termos de Colaboração e Acordos de Cooperação*

Termos de colaboração e termos de fomento são modalidades de ajuste por meio dos quais o Poder Público repassa recursos financeiros a uma entidade privada sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil – OSC, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco. Já os acordos de cooperação são modalidades de ajuste por meio dos quais são formalizadas parcerias estabelecidas pela Administração Pública com OSCs para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

Sua disciplina jurídica é dada, em âmbito federal, pela Lei 13.019/2014, regulamentada pelo Decreto 8.726/2016. Deve-se notar que a lei em referência possui caráter de norma geral, devendo ser observada por Estados, Distrito Federal e Municípios,

os quais podem exercer sua competência suplementar, de modo a editar leis próprias sobre o tema.

Além disso, deve-se ressaltar que a nova lei do terceiro setor não se aplica aos contratos de gestão com Organizações Sociais, aos convênios no setor de saúde e aos termos de parceria com OSCIPs, os quais seguem disciplinados pela Lei 9.637/1998, pelo art. 116 da Lei 8.666/1993 e pela Lei 9.790/1999, que também possuem natureza de normas gerais sobre os modelos de ajuste por elas disciplinados.²⁷

A Lei 13.019/2014 não delimita as áreas de atuação passíveis de execução em regime de parceria, sendo que seu art. 33, inciso I, faz referência a “objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social”. No caso da assistência à saúde, podem celebrar as parcerias previstas pela Lei 13.019/2014 todas as Organizações da Sociedade Civil que tenham como objeto social a prestação de serviços de assistência à saúde.

Deve-se assinalar, nessa medida, que o fato de a Lei 13.019/2014 ter mantido a existência dos convênios com o terceiro setor para a prestação de serviços no âmbito do SUS, não significa que não seja possível, também nessa esfera, a celebração de outras modalidades de ajuste. A escolha por um ou outro modelo de ajuste deve ser feita de forma motivada pelo gestor público a partir da realidade fática a ser enfrentada pela parceria.

O termo de colaboração e o termo de fomento possuem natureza e disciplina jurídica idênticas. A diferença entre eles consiste unicamente na iniciativa para a celebração do vínculo, que é da Administração Pública no caso dos termos de colaboração, e das próprias entidades no caso dos termos de fomento. Assim, o termo de fomento deve ser celebrado para incentivo das atividades já desenvolvidas pela entidade privada, em sua própria estrutura e por sua iniciativa; já o termo de colaboração pode ser celebrado para o desenvolvimento de programas e projetos estabelecidos pelo Poder Público, como ocorre com diversos programas federais do Ministério da Saúde.

²⁷ Nesse sentido, diz a Lei 13.019/2014: “Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: (...) III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei 9.637, de 15 de maio de 1998; IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; (...) VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei 9.790, de 23 de março de 1999”.

Já o acordo de cooperação é definido como o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias entre a administração pública federal e as OSCs para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros. O acordo de cooperação pode ser proposto tanto pela entidade privada interessada quanto pelo Poder Público. Considerando que os serviços de assistência à saúde possuem, em regra, alto custo, as hipóteses de utilização dos acordos de cooperação com Organizações da Sociedade Civil são reduzidas nessa área.

5. *PREFERÊNCIA PELAS ENTIDADES FILANTRÓPICAS E SEM FINS LUCRATIVOS*

As parcerias no setor da saúde devem ser celebradas preferencialmente com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, conforme previsão expressa da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Saúde.²⁸

Em sentido coloquial, entidades filantrópicas são aquelas entidades que, movidas com o objetivo exclusivo de fazer o bem, prestam serviços assistenciais para a satisfação de necessidades vitais de pessoas em situação de hipossuficiência. O termo filantropia significa amor à humanidade, o que implica reconhecer que uma entidade filantrópica é aquela que presta determinado serviço social à pessoa humana que dele necessita, independentemente de qualquer contraprestação. O setor filantrópico, também denominado setor beneficente ou setor benemerente, é formado por entidades cuja atuação decorre do amor, visando à consecução do bem e a concretizar ajuda ao outro.

Durante algum tempo, a União Federal concedeu títulos a determinadas entidades sem fins lucrativos que obedeciam a alguns requisitos legais relacionados ao exercício da filantropia nas áreas da educação, assistência social e saúde. Esse título era denominado de Certificado de Fins Filantrópicos. Tal certificado teve sua denominação alterada por meio de lei, de modo que as antigas entidades de Fins Filantrópicos, hoje são denominadas oficialmente Entidades Benéficas de Assistência Social.²⁹ A

²⁸ Art. 199, § 1º, da Constituição Federal e art. 25 da Lei 8.080/1990.

²⁹ A mudança de denominação da qualificação, de Certificado de Fins Filantrópicos (CFF) para Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) foi promovida pela Medida Provisória 2.187-13/2001.

denominação é prevista pela Lei 12.101, de 27 de novembro de 2009, que disciplina os requisitos para a concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.

Assim, tende-se a fazer a correspondência entre as entidades filantrópicas referidas pela Constituição e pela legislação da saúde com as entidades formalmente reconhecidas pelo Poder Público, por meio do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social.

Já as entidades sem fins lucrativos são aquelas que não voltam suas atividades para a geração e distribuição de lucro como remuneração pelo capital investido. Por isso, todo o retorno financeiro de uma entidade sem fins lucrativos deve ser reempregado na manutenção e expansão de suas atividades finalísticas.

A caracterização de uma entidade como sendo sem fins lucrativos depende da forma jurídica adotada, sendo que são previstas como espécies de entidades sem fins lucrativos no Brasil as associações, as fundações, os partidos políticos e as organizações religiosas.³⁰

Mas além da forma jurídica adotada, a ausência de finalidade lucrativa deve ser demonstrada pela efetiva aplicação dos recursos recebidos nas finalidades estatutárias da entidade. Por isso, algumas leis explicam as condições a serem seguidas para que uma pessoa jurídica de direito privado seja efetivamente considerada uma entidade sem fins lucrativos. É o caso da Lei Federal 9.532, de 10 de dezembro de 1997, que assim define entidade sem fins lucrativos, para fins tributários:

“Art. 12 (...)

(...)

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais”.

Em sentido similar, o tema é tratado pelo § 1º do art. 1º da Lei 9.790/1999, que disciplina a qualificação de OSCIP, e pelo art. 2º, I, “a” da Lei 13.019/2014, que regula as Organizações da Sociedade Civil – OSCs.

³⁰ É o que prevê o Código Civil – Lei 10.406/02 em seu art. 44.

Tanto as entidades filantrópicas quanto as entidades sem fins lucrativos inserem-se em um grupo de entidades integrantes do assim denominado “terceiro setor”, que pode ser entendido como o “conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que (i) desenvolvam atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou (ii) prestem serviços de interesse público”.³¹ As entidades do terceiro setor costumam ser denominadas pela sigla “ONG”, que significa “organização não governamental”. Sua principal característica consiste, como dito acima, na interseção de sua natureza privada com o exercício de finalidades públicas.³²

A preferência pelas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, exigida pela Constituição Federal e pela lei, exige que o gestor público, antes de celebrar parcerias com empresas privadas no setor de saúde, perquiria a existência e o interesse de entidades do terceiro setor em executar o objeto da avença pretendida. Apenas após consulta às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos potencialmente aptas à execução do objeto da parceria é possível a celebração de contratos administrativos e contratos de concessão administrativa com empresas privadas no setor de saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17.12.2015.

_____. Recurso Extraordinário 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016.

FREIRE, André Luiz. *O regime jurídico de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³¹ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*, pp. 163-194.

³² Para uma reflexão crítica do repasse de atividades estatais para o terceiro setor, conferir: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, pp. 142-152.

MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. *Revista brasileira de direito da saúde*. v. 2.. Brasília: CMB, jan./jul., 2012.

_____. *Curso de direito do terceiro setor*. Inédito.

_____. *Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos Municípios*. Curitiba: AMP – Associação dos Municípios do Paraná, 2017.

_____. Os três modelos de Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: um breve olhar para a experiência internacional. *Revista Colunistas*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-borges-manica/os-tres-modelos-de-parcerias-publico-privadas-no-setor-de-saude-um-breve-olhar-para-a-experiencia-internacional>>. Acesso em 25.12.2017.

_____. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. *Terceiro Setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Gustavo H. Justino Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.