

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS  
DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE  
PELOS MUNICÍPIOS



FERNANDO BORGES MÂNICA

*Prefácio*

João Pedro Gebran Neto

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS  
DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE  
PELOS MUNICÍPIOS

1ª reimpressão

Belo Horizonte



2018

© 2017 Editora Fórum Ltda.  
2018 1ª Reimpressão

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Museetti Grotti	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

M278p Mânica, Fernando Borges

Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios/  
Fernando Borges Mânica; prefácio João Pedro Gebran Neto.  
1. Reimpressão – Belo Horizonte : Fórum, 2017.

178 p.  
ISBN: 978-85-450-0250-5

1. Direito Administrativo. 2. Direito constitucional. 3. Direito Municipal. I. Título.

CDD 341.3  
CDU 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MÂNICA, Fernando Borges. *Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 178 p. ISBN 978-85-450-0250-5.

*Para Priscila, minha parceira e meu amor.*



## SUMÁRIO

---

### PREFÁCIO

<b>João Pedro Gebran Neto</b> .....	11
-------------------------------------	----

### CAPÍTULO 1

#### OS MUNICÍPIOS E O DESAFIO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE .....

1.1	A nova hermenêutica constitucional: o direito à saúde pode ser exigido independentemente de lei.....	19
1.2	Conteúdo jurídico do direito à saúde no Brasil .....	22
1.3	Políticas públicas e judicialização da saúde.....	25
1.4	Organização dos sistemas públicos de saúde no mundo .....	27
1.5	O SUS e os prestadores privados de saúde no Brasil .....	29
1.6	Financiamento da saúde pública no Brasil.....	32
1.7	A divisão constitucional de competências no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.....	35
1.8	Regime jurídico das ações e serviços de assistência à saúde .....	38
1.9	Atribuições municipais no Sistema Único de Saúde – SUS.....	41
1.10	Prestação privada de serviços de assistência à saúde no âmbito do SUS .....	44
1.11	Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios.....	51

### CAPÍTULO 2

#### PRESTAÇÃO ESTATAL .....

2.1	Administração direta .....	54
2.2	Administração indireta: pessoas jurídicas de direito público .....	58
2.2.1	Autarquias.....	59
2.2.2	Fundações públicas de direito público ou “fundações autárquicas” .....	60
2.3	Administração indireta: pessoas jurídicas de direito privado .....	62
2.3.1	Fundações públicas de direito privado ou “fundações estatais” .....	63
2.3.2	Empresas públicas e sociedades de economia mista.....	66
2.4	Consórcios públicos.....	72

## CAPÍTULO 3

PRESTAÇÃO PRIVADA.....	79
3.1 Delimitação do objeto das parcerias na saúde.....	85
3.1.1 Exigência de concurso público .....	87
3.1.2 Burla à legislação trabalhista.....	90
3.1.3 Atividades econômicas acessórias.....	91
3.2 Entidades filantrópicas e sem fins lucrativos .....	91
3.2.1 Convênios .....	94
3.2.1.1 Histórico .....	95
3.2.1.2 Cabimento dos convênios na assistência à saúde .....	97
3.2.1.3 Entidades aptas a celebrar convênios .....	97
3.2.1.4 Disciplina jurídica.....	98
3.2.1.5 Exigência de licitação.....	101
3.2.1.6 Providências para a celebração de convênios pelos municípios.....	103
3.2.1.7 Questões controvertidas .....	104
3.2.2 Contratos de gestão com organizações sociais.....	105
3.2.2.1 Histórico .....	106
3.2.2.2 Cabimento dos contratos de gestão na assistência à saúde .....	108
3.2.2.3 Entidades aptas a celebrar contratos de gestão .....	109
3.2.2.4 Disciplina jurídica.....	111
3.2.2.5 Exigência de licitação.....	114
3.2.2.6 Providências para a celebração de contratos de gestão pelos municípios.....	116
3.2.2.7 Constitucionalidade e legalidade do modelo: a posição do STF e do TCU .....	117
3.2.2.8 Questões controvertidas .....	120
3.2.3 Termos de parceria com Oscips .....	121
3.2.3.1 Histórico .....	122
3.2.3.2 Cabimento dos termos de parceria na assistência à saúde.....	123
3.2.3.3 Entidades aptas a celebrar termos de parceria.....	123
3.2.3.4 Disciplina jurídica.....	126
3.2.3.5 Exigência de licitação.....	129
3.2.3.6 Providências para a celebração de termos de parceria pelos municípios.....	130
3.2.3.7 Questões controvertidas .....	131
3.2.4 Termos de fomento, termos de colaboração e acordos de cooperação com OSCs .....	132



3.2.4.1	Histórico .....	133
3.2.4.2	Cabimento dos termos de colaboração e termos de fomento na assistência à saúde .....	134
3.2.4.3	Entidades aptas a celebrar termos de colaboração e termos de fomento .....	134
3.2.4.4	Disciplina jurídica .....	135
3.2.4.5	Exigência de licitação.....	140
3.2.4.6	Procedimento de manifestação de interesse social – PMIS .....	143
3.2.4.7	Providências para a celebração de termos de fomento e termos de colaboração pelos municípios .....	144
3.2.4.8	Questões controvertidas .....	146
3.3	Entidades privadas com finalidade lucrativa .....	148
3.3.1	Contrato administrativo de prestação de serviços .....	149
3.3.1.1	Entidades aptas a celebrar contratos administrativos de prestação de serviços de assistência à saúde no âmbito do SUS.....	150
3.3.1.2	Cabimento dos contratos administrativos de prestação de serviços na assistência à saúde.....	151
3.3.1.3	Exigência de licitação e a figura do credenciamento.....	153
3.3.2	Parcerias público-privadas – PPPs .....	154
3.3.2.1	Entidades aptas a celebrar contratos de PPP.....	155
3.3.2.2	Disciplina jurídica das PPPs .....	155
3.3.2.3	Cabimento das PPPs na assistência à saúde.....	160
3.3.2.4	Exigência de licitação.....	162
3.3.2.5	Procedimento de manifestação de interesse – PMI .....	163
3.3.2.6	Providências para a celebração de PPPs pelos municípios.....	167
3.3.2.7	Questões controvertidas: o limite de despesas com contratos de PPP .....	168
	APONTAMENTOS FINAIS .....	173
	REFERÊNCIAS.....	175



## PREFÁCIO

---

*Eternidade não é o tempo sem fim. Tempo sem fim é insuportável. Já imaginaram uma música sem fim, um beijo sem fim, um livro sem fim? Tudo que é belo tem de terminar. Tudo que é belo tem de morrer. Beleza e morte andam sempre de mãos dadas.*

(...)

*Compreendi, então, que a vida não é uma sonata que, para realizar sua beleza, tem de ser tocada até o fim. Dei-me conta, ao contrário, de que a vida é um álbum de minissonatas. Cada momento de beleza vivido e amado, por efêmero que seja, é uma experiência completa que está destinada à eternidade. Um único momento de beleza e amor justifica a vida inteira.<sup>1</sup>*

(Rubem Alves)

A declaração quanto à existência, ou não, de conflito de interesse é recorrente no âmbito das questões da saúde, tendo sido incorporada pelo enunciado nº 58, do Fórum Nacional da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.<sup>2</sup> Por conflito de interesse, entende a Sociedade

---

<sup>1</sup> ALVES, Rubem. *Concerto para corpo e alma*. Campinas: Papirus, 1998. p. 139.

<sup>2</sup> Enunciado nº 58 – Saúde Pública - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME/RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

Brasileira de Oncologia Clínica como “uma condição em que a conduta profissional possa estar influenciada por um interesse externo que geralmente (embora não necessariamente) resulta em ganho financeiro, em detrimento da prática ética da medicina” (...) seja ele real, potencial ou aparente.<sup>3</sup> “Conflito de interesse pode existir diretamente com o indivíduo exercendo uma determinada atividade, como também com pessoas com as quais este indivíduo compartilha ganho financeiro (cônjuge ou dependente, por exemplo)”.<sup>4</sup>

Este conceito, bem difundido no seio da saúde, deveria ser incorporado em todas as atividades, e com maior ênfase nas atividades acadêmicas ou públicas no Brasil. Lamentavelmente, não é o que se assiste nos dias de hoje, em que a confusão entre interesse público e privado tem solapado a ética e a esperança dos brasileiros.

Para não incorrer no mesmo erro que agora critico, declaro desde logo parcialidade para prefaciá-la obra do amigo Fernando Mânica, ainda que tenha buscado fazê-lo com a isenção possível.

Dos vários predicados do autor, devem ser exaltadas sua destacada atuação profissional como Procurador do Estado do Paraná e Professor de Cursos de Graduação e de Pós-graduação em Direito, dentre tantas outras atividades. Na academia, suas qualidades como Doutor e Mestre em Direito merecem relevo, com a publicação de diversos artigos e livros de elevada qualidade.<sup>5</sup>

Importante destacar que a existência de conflito de interesse não acarreta necessariamente em impedimento daquele que o declara, mas apenas transparência dos vínculos, de modo a permitir aos interlocutores extraírem as suas próprias conclusões. Dito isto, externo a profunda alegria com que recebi o convite para prefaciá-lo este novo trabalho, que coincide com uma das grandes preocupações que tenho sobre o tema do direito e saúde: a efetividade da prestação de um serviço adequado e tempestivo de assistência em saúde.

<sup>3</sup> Exemplos, não exaustivos, de conflitos podem ser: a) vínculo empregatício; b) consultoria ou orientações profissionais; c) recebimento de honorários por conferências, artigos científicos ou participação em eventos; d) pagamento por projetos de pesquisa; e) participação em processos judiciais como *expert*; f) propriedade de ações específicas (exceto quando parte de um fundo de investimento que não é controlado pelo indivíduo); g) subsídios para realização de palestras, congressos, encontros científicos, programas de educação médica continuada; h) remuneração na forma de presentes, alimentação, patrocínio de viagens, alojamento, inscrições em congressos ou eventos científicos ou promocionais.

<sup>4</sup> *Manual de conflito de interesses*: diretrizes da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica (SBOC) e Sociedade Brasileira de Cancerologia (SBC), out. 2007. p. 8. Disponível em: <<http://www.hospcancer-icc.org.br/2009/painel/fotos/imprensa/2009070682244.pdf>>

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.fernandomanica.com.br>>.

O gênero direito à saúde comporta subespécies como saúde pública e saúde suplementar, cada qual com especificidades próprias, vez que a primeira está relacionada com o direito administrativo ao passo que a segunda se vincula à dimensão privada. É o texto constitucional (arts. 196 e 199) quem acolhe ambos os sistemas de saúde, condicionando a medicina privada à submissão do regramento estabelecido pelo Estado, dada a relevância pública das ações e serviços de saúde (art. 197, da CF).

E na perspectiva da saúde pública, necessário identificar o objeto do estudo. Não é possível realizar adequada análise quando há diversidade de objetos. Para ser mais preciso, quando se fala em direito à saúde (ou na violação deste), deve ser identificado se se está a tratar de uma falha da política pública vigente, ou sobre algo ainda não incorporado na política pública. Quando se discutem os defeitos da política pública, para a correção dos rumos ou modos para melhor realizar a assistência à saúde, há elevada sindicabilidade. Quando se discute a inclusão de novos procedimentos ou tecnologias na política pública, a questão terá sindicabilidade relativa, ganhando maior relevo a dimensão político-administrativa. A distinção é importante, porque cada hipótese está a exigir uma racionalidade diferenciada.

E, neste particular, deve-se dar loas ao autor, que busca enfrentar o problema que reputo realmente dramático: a falha da Administração Pública na prestação dos serviços assistenciais. Especialmente no âmbito municipal, pois este é o ente da federação incumbido de prestar diretamente, dentre outras obrigações, a assistência básica, em face do princípio constitucional da descentralização dos serviços de saúde (art. 198, I, CF) e das disposições do artigo 7º, IX, "a", e artigo 18, ambos da Lei nº 8.080/90 (chamada Lei do SUS).

O mérito do trabalho de Fernando Mânica reside em apontar as diversas possibilidades que dispõe a Administração Pública para prestar, direta ou indiretamente, as ações e serviços de saúde, centrando sua preocupação na atuação dos municípios. E o faz com acerto, porque o desenho constitucional e infraconstitucional do Sistema Único de Saúde acabou impondo aos municípios o maior encargo de prestação dos serviços de saúde, a despeito de serem os que proporcionalmente têm a menor arrecadação tributária, conforme os números apresentados na obra.

Dentre as possibilidades de organização municipal dos serviços de assistência à saúde, segundo o autor, estes podem ser realizados

diretamente pela municipalidade (por si ou por meio de estatais), ou realizada por meio de pessoas jurídicas de direito privado (prestação privada dos serviços públicos de saúde).

A prestação estatal pode ser feita diretamente pela administração, ou por meio de autarquias, empresas públicas, fundações estatais ou por consórcios públicos. Mânica discorre sobre cada um dos modelos, apresentando sugestões, críticas e cuidados que devem ser tomados pelos gestores.

A prestação pode ser realizada, também, pela iniciativa privada, por meio de convênios com ONGs, contratos de gestão com Organizações Sociais, parcerias com OSCIPs, termos de colaboração com OSCs, contratos administrativos com empresas ou mesmo parcerias público-privadas. Para cada possibilidade, igualmente são apresentadas precisas análises.

E, com a lucidez e inteligência que lhe são peculiares, o autor não busca apresentar uma solução definitiva ou tomar partido em favor de um dos diferentes modelos. Em vez disso, aponta as virtudes e as vicissitudes de cada um deles, destacando que é a realidade local e a opção política quem determinará aquele (ou aqueles) que pode(m) ser utilizado(s) em cada município brasileiro.

A adoção de modelo de prestação privada dos serviços públicos sempre encontrou alguma resistência — e com elevada dose de razão — pela sociedade brasileira. Ainda que não se possa generalizar, deve-se reconhecer que a prestação privada dos serviços públicos é por vezes utilizada como meio de transferência (ilícita) de recursos públicos para particulares. Esta desconfiança talvez seja a razão que tornou temas como as organizações sociais a serem objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>6</sup>

Todavia, o preconceito e eventuais mazelas existentes não podem servir de obstáculo a quaisquer dos modelos apresentados pelo autor. Deve-se reconhecer, nessa medida, que há inúmeros casos de sucessos tanto em modelos estatais como em modelos de prestação privada. Igualmente, é possível constatar a existência de vícios tanto em um como noutro. Não creio que a escolha do modelo deva partir da premissa dos desvios de condutas humanas. Ao revés, a opção deve ser feita à luz dos princípios do art. 37 da Constituição Federal, que regem a Administração Pública, adotando-se as devidas cautelas de controle e

---

<sup>6</sup> ADI nº 1923/DF.

fiscalização para a consecução dos verdadeiros objetivos públicos e as diretrizes que regem o SUS, como sustentado pelo autor.

Aliás, ousando avançar um pouco sobre o mérito, reconheça-se que há serviços de saúde que não podem ser puramente estatais, porque faltará economicidade. Dou um exemplo: teria um pequeno município possibilidade de adquirir equipamento custoso e contratar profissional de saúde para realizar exames relativamente complexos? Obviamente que não. A melhor forma de prestar estes serviços seria a contratação do mesmo serviço em município vizinho de maior porte, seja este serviço público ou privado. Ou ainda, no que diz respeito ao chamado *homecare*: deveriam todos os municípios ter equipes de atendimento domiciliar ou seria mais viável buscar uma empresa no mercado que preste este serviço, numa das formas de prestação privada possíveis? Evidentemente, a segunda opção se impõe.

Para além de ações e serviços excepcionais, não há óbice para que haja o atendimento, também, de atividades básicas, como o próprio funcionamento de um posto de saúde, o atendimento por médicos especialistas ou a realização de exames. Enfim, são diversas as opções de ações e prestações de serviços pelos municípios, devendo ser cuidadosamente analisadas as necessidades, possibilidades e conveniências, segundo o princípio da eficiência estatal,<sup>7</sup> de modo que os ditames constitucionais de prestação do direito fundamental à saúde sejam atendidos do melhor modo possível para cada cidadão.

A adoção de modelos de interação entre os sistemas público e privado, aliás, é comum aos países que têm um sistema público de saúde. É o caso do Sistema de Saúde de Portugal, composto pelo Serviço Nacional de Saúde<sup>8</sup> (semelhante ao nosso SUS) e por entidades privadas e profissionais livres de saúde (similar à saúde suplementar e o exercício privado da atividade médica no Brasil). Assim como nos diversos modelos apresentados por Mânica, o Sistema de Saúde português também se apoia em prestações estatais e prestações privadas dos serviços de saúde.<sup>9</sup>

Independentemente do modelo ou combinação de modelos que venha a Administração Pública adotar, é absolutamente necessário não

<sup>7</sup> Nesse sentido, leciona PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 189.

<sup>8</sup> Consoante a Lei de Bases da Saúde, de Portugal (Lei nº 48, de 24 de agosto de 1990).

<sup>9</sup> Sobre o tema, leia-se ESTORNINHO, Maria João et al. *Direito da saúde: lições*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

se perder de vista que qualquer sistema de saúde deve ser centrado no paciente, com foco nos meios para oferta de ações e serviços adequados e tempestivos de seu atendimento. A centralidade do paciente, como bem destacado por Marco Bobbio,<sup>10</sup> norteia o cumprimento do direito fundamental à saúde, não devendo a incorporação de novas tecnologias sobrepor-se à assistência aos pacientes. Como salientado por Sir William Olsen, citado por Bobbio, “é mais importante conhecer o paciente acometido por uma doença do que a doença que acometeu o paciente”.<sup>11</sup>

Em suma: há liberdade de escolha do modelo de assistência à saúde, mas a opção deve necessariamente recair sobre aquele que melhor atenda o direito à saúde, nas perspectivas da dignidade da pessoa humana e da eficiência da administração.

Nascimento e morte. No fundo, o direito a saúde está a tratar destes dois momentos da existência dos indivíduos. Eventos naturais e singulares cercados de alegrias, tristezas, surpresas e mistérios. E, no entremeio deles, toda a existência humana, cujo verdadeiro sentido está em viver com dignidade. Como bem destacou Rubem Alves, não se trata de uma sonata completa, mas de um “álbum de minissonatas” que dá sentido e beleza à nossa existência.

A eficiente atuação do gestor público na prestação de um adequado serviço de saúde dignifica não apenas vida dos pacientes, mas a própria existência do gestor, cujo hiato é “uma experiência completa que está destinada à eternidade”, na feliz expressão do escritor mineiro.

Esta obra é leitura indispensável para todos que têm interesse pela assistência à saúde. Mas, para gestores públicos municipais, é obrigatória.

### **João Pedro Gebran Neto**

Desembargador Federal. Membro do Fórum Nacional da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Doutor *honoris causa* em Saúde pela Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória (EMESCAM). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

<sup>10</sup> BOBBIO, Marco. *O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limites*. Tradução Mônica Gonçalves. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 26.



## OS MUNICÍPIOS E O DESAFIO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

Desde a promulgação da Constituição de 1988 até o presente momento, houve uma importante evolução na ciência médica e uma grande transformação na teoria jurídica. Esses dois movimentos fizeram com que a própria sociedade brasileira passasse a exigir, cada vez mais, o cumprimento dos deveres estatais, que deixaram de ser concebidos como meras promessas e passaram a ser reconhecidos como verdadeiros compromissos constitucionais. Com isso, aumentou exponencialmente a demanda para que o Poder Público tome as providências necessárias e adequadas para o cumprimento de seus deveres.

Essa mudança do ponto de vista científico e social não foi acompanhada, contudo, por uma alteração na capacidade de ação do Estado brasileiro. Apesar de todos os esforços e avanços, pode-se dizer que o Brasil não tem sido capaz de oferecer respostas satisfatórias às demandas por prestação de serviços, em especial no setor de saúde. Esse continua sendo o setor público campeão de reclamações pela sociedade, como demonstra uma recente pesquisa realizada pelo Ibope durante o período eleitoral para escolha de prefeitos e vereadores para a legislatura 2017-2020.<sup>1</sup>

No levantamento, eleitores de todas as capitais do país responderam à pergunta de qual é a área em que a população da cidade enfrenta os maiores problemas. Várias eram as opções de resposta, como calçamento de ruas e avenidas, saúde, educação, trânsito, transporte

---

<sup>1</sup> A pesquisa foi divulgada em vários meios de comunicação, sendo que os resultados completos podem ser consultados em REIS, Thiago. Saúde é o principal problema citado em todas as capitais, aponta Ibope. *Globo.com*, 4 set. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/blog/eleicao-2016-em-numeros/post/saude-e-o-principal-problema-citado-em-todas-capitais-aponta-ibope.html>>.

coletivo, assistência social, geração de empregos, iluminação pública, limpeza pública, abastecimento de água, segurança pública, habitação, meio ambiente, impostos e taxas, administração pública, atividades esportivas, atividades culturais, opções de lazer, rede de esgoto e corrupção.

Os resultados foram bastante significativos, sendo que em todas as capitais brasileiras a área de atuação municipal mais criticada foi a saúde, citada por quase 50% (cinquenta por cento) dos entrevistados, seguida de longe pela segurança pública. Em algumas capitais, a saúde teve 62% (sessenta e dois por cento) das respostas, sendo que o menor percentual foi de 32% (trinta e dois por cento). Considerando que as capitais dos estados possuem, em regra, melhor infraestrutura e condições de trabalho do que as cidades do interior, não é difícil concluir que esses números tendem a ser ainda mais alarmantes nas cidades de menor porte.

Essa insatisfação popular com a atuação do Poder Público no setor de saúde tem gerado uma explosão no número de ações judiciais sobre o assunto, conforme demonstra o Relatório Justiça em Números, publicado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).<sup>2</sup> Em estudo sobre o tema, o Juiz Federal Clenio Jair Schulze concluiu que até o ano de 2015 foram ajuizados no Brasil mais de 850.000 (oitocentos e cinquenta mil) processos sobre o direito da saúde, que envolvem discussões sobre os seguintes temas:

Assunto	Quantidade
Serviços em saúde	61.655
Fornecimento de medicamentos	200.090
Tratamento médico-hospitalar	60.696
Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	151.856
Convênio médico com o SUS	737
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611
Doação e transplante de órgãos/tecidos	491
Saúde mental	3.001
Controle social e conselhos de saúde	1.468
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642
Erro médico	38.810
<b>TOTAL</b>	<b>854.506</b>

<sup>2</sup> A publicação pode ser consultada em CNJ. *Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>.

Um dos principais temas de judicialização dentro do setor de saúde, como se pode perceber no quadro acima, corresponde à saúde pública, especialmente com pedidos de fornecimento de medicamentos e de tratamentos médico-hospitalares no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Tais casos, segundo o autor acima citado, chegam a corresponder a mais de 2% (dois por cento) de todas as demandas judiciais em trâmite nos Tribunais de Justiça brasileiros e a mais de 1% (um por cento) de todas as demandas perante o Superior Tribunal de Justiça.<sup>3</sup> Esses dados são ainda mais assustadores quando é levado em conta o aumento anual de demandas contra o Poder Público no setor de saúde. Há 5 (cinco) anos, o número total de processos nessa área era inferior a 250.000 (duzentos e cinquenta mil).

Não restam dúvidas, portanto, de que o maior desafio da Administração Pública brasileira consiste na ampliação de sua capacidade para cumprir a determinação constitucional, atender às expectativas sociais e satisfazer às necessidades da população na área da saúde. Apenas com a dedicação integrada de gestores públicos, profissionais, empresas e ONGs da área médica, órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública, juristas e sociedade civil, é que esse desafio poderá ser superado nas próximas décadas.

## 1.1 A nova hermenêutica constitucional: o direito à saúde pode ser exigido independentemente de lei

Para compreender a mudança no comportamento da população brasileira, que passou a exigir cada vez mais a garantia do direito à saúde, inclusive socorrendo-se do Poder Judiciário, é necessária uma breve incursão sobre algumas transformações ocorridas no mundo do direito nas últimas décadas. Essas transformações culminaram com uma nova interpretação do texto constitucional, a que alguns operadores do direito denominam de “nova hermenêutica constitucional”, entendida como uma mudança na teoria que explica como as normas constitucionais (mundo do direito) são interpretadas e aplicadas (no mundo real).

<sup>3</sup> Sobre o tema, conferir: SCHULZE, Clenio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. *Empório do Direito*, 24 out. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>>. Acesso em: 30 out. 2016.

Para entender essa mudança, é necessário lembrar que o direito à saúde é referido no art. 6º da Constituição brasileira como um “direito fundamental social” e é disciplinado no art. 196 como um dever do Estado, nos seguintes termos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...]

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

Os direitos fundamentais sociais traduzem primordialmente direitos que, para serem concretizados, impõem ao Estado o dever de atuar positivamente na ordem econômica e social.<sup>4</sup> A mera consagração constitucional de tais direitos não implica automaticamente sua concretização. Ao contrário de grande parte dos direitos classificados como direitos individuais, também denominados “direitos de defesa”, os direitos sociais dependem da criação de condições objetivas para sua garantia, tanto do ponto de vista jurídico (interposição legislativa), quanto do ponto de vista administrativo (organização de estruturas) e material (prestação de serviços).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Segundo Jose Ramon Diaz, a expressão “direitos sociais” costuma ser usada 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 (RAMON DIAZ, Jose. *Estado social e derechos de prestacion*. 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).

<sup>5</sup> Deve-se ressaltar que mesmo os direitos de defesa exigem algum grau de atuação positiva do Estado, como é o caso, por exemplo, da manutenção de contingente policial para a garantia da ordem (que possibilita segurança, propriedade e liberdade dos cidadãos). É nesse sentido que, atualmente, se reconhece o caráter positivo de todos os direitos, de modo que não existem direitos exclusivamente contra o Estado, uma vez que todos os direitos são apenas garantidos através dele (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton and Company, 2000. p. 35-48). Tal observação não exclui, contudo, a validade da classificação dos direitos individuais e sociais com base no grau de dependência da atuação estatal, que é direta no caso dos direitos sociais.

A atuação estatal voltada a criar condições e oferecer as prestações necessárias à garantia de um direito social ocorre por meio de políticas públicas, que nada mais são do que o conjunto de atos estatais, de cunho legislativo e administrativo, que definem o modo como deveres constitucionais serão alcançados. A exigência de adoção de políticas públicas consta expressamente do art. 196 do texto constitucional, segundo o qual o direito à saúde será garantido pelo Estado por meio de políticas sociais e econômicas voltadas à proteção, promoção e recuperação da saúde, bem como à prevenção de doenças.

Durante algum tempo, prevaleceu na teoria jurídica o entendimento de que direitos sociais dependentes de prestações estatais apenas poderiam ser exigidos após a criação de leis e a organização de estruturas voltadas à sua garantia e nos limites definidos por essas leis. Segundo esse entendimento, o direito à saúde apenas poderia ser exercido nos termos e limites das políticas públicas existentes. A grande mudança ocorreu no momento em que se passou a admitir a possibilidade de as pessoas exigirem atendimento do Estado, independentemente da existência de uma política pública estabelecida em lei. Com essa mudança, tornou-se desnecessária a existência de lei ou ato normativo prevendo que o Poder Público deva fornecer determinado tratamento de saúde.

Importante contribuição nesse processo teve o pensamento de Gomes Canotilho, autor português que defendeu a força normativa das normas constitucionais de conteúdo programático.<sup>6</sup> Mais recentemente foi bastante difundido o pensamento de Robert Alexy, segundo o qual todos os direitos fundamentais constituem princípios aptos a produzir efeitos de maneira imediata e independente de previsão legal expressa.<sup>7</sup>

Com essas transformações, atualmente, predomina no mundo do direito a teoria de que todos os direitos fundamentais – inclusive o direito à saúde – constituem princípios aptos a produzir efeitos de

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001 (a primeira edição, como assinalado, é de 1982). É importante ressaltar que Gomes Canotilho, no prefácio da segunda edição de sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, em 2001, consignou sua parcial mudança de opinião em relação às ideias constantes da obra original. Em linhas gerais, o que sustentou o autor foi um deslocamento da Constituição como agente central na condução e concretização das tarefas assumidas pelo Estado; com isso, deixou de assumir um modelo estatizante único para oferecer a possibilidade de novos modelos de autodirecionamento social.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos B. Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

maneira imediata, mesmo na ausência de interposição legislativa específica. Segundo entendimento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o direito à saúde possui força normativa, da qual decorrem: (i) o dever estatal de prestação de serviços assistenciais e o conseqüente (ii) direito de cada cidadão de exigir do Estado essa prestação (o que se denomina “direito subjetivo público”).

## 1.2 Conteúdo jurídico do direito à saúde no Brasil

É importante destacar que, mesmo nessa nova hermenêutica constitucional, o “direito à saúde” não pode ser entendido como sinônimo de “direito a ser saudável”. Essa diferenciação é importante, pois a noção de “saúde” é muito mais ampla do que de “direito à saúde”, sendo que este (o direito à saúde) deve ser garantido pelo Estado, e não aquele (o direito de ser saudável).

A “saúde” é entendida, já há algum tempo, 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”. Esse foi o conceito adotado pela Constituição da Organização Mundial da Saúde em 26.7.1946.

Já o “direito à saúde” possui conotação específica, definida pelo conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado país, podendo ser visualizado sob dois prismas:

- (i) Como direito individual de não sofrer violação por parte do Estado ou de terceiros (direito individual de defesa).
- (ii) Como direito social de obter ações e serviços voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde (direito social a prestações).<sup>8</sup>

Nesta segunda hipótese, respeitar o direito à saúde implica realizar o direito à saúde por meio de uma série de prestações, que em seu conjunto são denominadas “assistência à saúde”. A assistência à saúde é prestada por meio do atendimento individual ou coletivo e pode ocorrer em âmbito hospitalar, ambulatorial ou mesmo domiciliar.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> LOUREIRO, João Carlos S. G. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 674. v. 1.

<sup>9</sup> A Norma Operacional Básica do SUS nº 1/96, veiculada pela Portaria GM/MS nº 2.203, de 5.11.2006, faz uma importante distinção entre assistência à saúde, que consiste na prestação

Na linguagem jurídica, a prestação de assistência à saúde pelo Poder Público insere-se na noção de “serviço público”, definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como:

[...] 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.<sup>10</sup>

Portanto, pode-se concluir que uma das formas de o Poder Público garantir o direito à saúde corresponde à prestação de serviços públicos de assistência à saúde a cada cidadão, que podem ser disponibilizados em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar.

No Brasil, o direito fundamental à saúde encontra-se disciplinado tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, razão pela qual ele pode ser qualificado tanto como um “direito fundamental originário” quanto como um “direito fundamental derivado”.

Direitos fundamentais originários são os direitos previstos na Constituição e aptos a produzir efeitos independentemente de interposição legislativa, enquanto os direitos fundamentais derivados são aqueles criados por meio da edição de leis específicas sobre o tema.<sup>11</sup> No caso sob estudo, a normatividade do direito à saúde possui sede constitucional, enquanto suas especificações são previstas pela legislação infraconstitucional.<sup>12</sup>

Do ponto de vista textual, a Constituição Federal de 1988 é uma das constituições do mundo ocidental que contém o maior número

---

de atendimento individual ou coletivo em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, e atenção à saúde, que possui sentido amplo, incluindo intervenções ambientais e políticas externas ao setor de saúde, que congregam todos os demais fatores externos que incidem sobre a saúde das pessoas, como as relativas a políticas macroeconômicas, emprego, habitação, educação, lazer e qualidade dos alimentos.

<sup>10</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 665.

<sup>11</sup> Sobre o tema, conferir: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 300-311; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 276 et seq.

<sup>12</sup> Como exemplo, pode-se citar a gratuidade dos serviços de saúde, que não tem assento constitucional, mas foi reconhecida a partir da interpretação da Lei Orgânica da Saúde – Lei Federal nº 8.080/90.

de normas sobre saúde. No texto constitucional brasileiro há nada menos do que 41 (quarenta e um) dispositivos sobre a saúde. Desses preceitos, 21 (vinte e um) fazem referência à saúde como um direito a ser protegido pelo Estado, 16 (dezesesseis) preveem a prestação de serviços de assistência à saúde, 5 (cinco) estabelecem a organização do Sistema Único de Saúde (SUS) e 4 (quatro) tratam de profissionais do setor de saúde. Esse conjunto de preceitos normativos traz o direito fundamental originário à saúde e compõe o que pode se denominar de “ordem constitucional da saúde”.

A ordem constitucional da saúde encontra-se regulamentada em solo pátrio por uma série de leis e atos normativos, que especificam o direito fundamental derivado da saúde. Entre eles, os mais importantes são:

- Lei Federal nº 8.080, de 19.9.1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), que especifica as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços respectivos;
- Lei Federal nº 8.142, de 28.12.1990, que trata da participação da comunidade na gestão do SUS;
- Portaria nº 2.203, de 5.11.1996, que aprova a Norma Operacional Básica (NOB) nº 1/96, que redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde;
- Portaria nº 373, de 27.2.2002, que aprova a Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS-SUS) nº 1/2002;
- Resolução nº 399, de 22.2.2006, que divulga o Pacto pela Saúde 2006, que aprova a consolidação das normas do SUS e as diretrizes operacionais do referido pacto;
- Lei Complementar nº 141, de 13.1.2012, que dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, estados, Distrito Federal e municípios em ações e serviços públicos de saúde e dá outras providências.

Note-se que, enquanto direito fundamental originário, o direito à saúde implica o dever estatal de atuar de modo a criar ações e serviços de saúde voltados à sua promoção, proteção e recuperação. De acordo com a nova hermenêutica constitucional, a não prestação de serviços assistenciais voltados à garantia do direito à saúde – mesmo não havendo sua definição específica no texto constitucional de quais sejam exatamente essas ações e serviços – é entendida como uma restrição ao respectivo direito, que apenas se legitima por meio de uma justificativa de base constitucional. Assim, a negativa do Poder Público em ofertar



determinado tratamento costuma ser entendida pelo Poder Judiciário como uma ofensa à Constituição.

A partir dessa breve síntese da teoria jurídica e da legislação da saúde no Brasil, pode-se perceber que não é simples a definição de quais são os deveres do Estado na área da saúde. Se do ponto de vista material surgem a cada dia novas tecnologias diagnósticas e terapêuticas, do ponto de vista jurídico prevalece o entendimento acerca da impossibilidade de que a lei restrinja o rol de tratamentos a serem ofertados à população. Com isso, ocorre a constante ampliação do conteúdo jurídico do direito constitucional à saúde. Essa ampliação, aliada à crônica incapacidade estatal brasileira de oferecer condições dignas de atendimento à população, tem aumentado geometricamente a já mencionada insatisfação popular com a atuação do Poder Público nessa área.

### 1.3 Políticas públicas e judicialização da saúde

Política pública é expressão polissêmica, vazia de conteúdo próprio, que compreende todos os instrumentos de ação dos governos e que revela sua orientação em relação a cada dever estatal. A política pública pode ser entendida como um programa de ação governamental que visa coordenar os meios à disposição do Estado para o alcance de seus objetivos. Uma política pública concretiza-se por meio de leis e de atos administrativos (que preveem direitos, deveres e proibições) e de atos materiais estatais (como vigilância, fiscalização, campanhas, ações e serviços) que concretizam os ditames constitucionais.

A Constituição brasileira não cristalizou soluções definitivas, mas atribuiu ao Estado competência para adotar o modelo de ação mais adequado, de acordo com a realidade, a técnica, as condições sociais e econômicas de cada momento, para a concretização do direito à saúde. Esse método não nega a normatividade e tampouco a importância do direito originário à saúde, mas exige que ele seja garantido ao longo do tempo por meio das políticas públicas mais adequadas ao contexto social e econômico de cada época.

A construção das políticas públicas tem como espaço próprio a arena política em que são debatidas as prioridades sociais, bem como os modelos de ação e os recursos disponíveis em cada momento histórico. Essa é a atribuição constitucional dos poderes Executivo e Legislativo, já que os direitos a serem garantidos por um Estado social e democrático, como é o Brasil, dependem de estrutura, organização

e estratégias de ação a serem definidas pelos governos. Os modelos de gestão da saúde pública compõem, portanto, a política pública de saúde de cada ente federativo.

Não obstante, a decisão sobre o exercício dessas atribuições, necessárias para que se garanta o respeito à Constituição, tem sido tomada pelo Poder Judiciário, que se tornou o grande centro definidor das prestações a serem ofertadas pelo Estado brasileiro. Esse fenômeno, cujos números foram citados anteriormente, ocorre em três grandes hipóteses nas quais o Poder Judiciário é instado a intervir:

- quando há inércia do Poder Legislativo em regulamentar determinada questão específica ligada ao direito originário à saúde (omissão legislativa).
- em caso de descumprimento pela Administração Pública da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa).
- quando existe regulamentação (lei ou ato normativo) que desrespeita ou limita o direito constitucional à saúde (em sua perspectiva de direito originário).

No Brasil tem prevalecido o pensamento de que o direito originário à saúde tem como consequência o dever estatal de usar todos os meios disponíveis para a garantia do direito à saúde. Por isso, toda e qualquer omissão legislativa e administrativa que restrinja o direito de obter prestações na área da saúde costuma ser entendida como inconstitucional, com a consequente determinação pelo Poder Judiciário de que a Administração Pública forneça determinado medicamento ou realize determinado procedimento.

A base dessa compreensão, na linha da nova hermenêutica constitucional, é a de que o direito à saúde no Brasil consiste em um direito fundamental originário, com normatividade decorrente da própria Constituição. Essa construção, erguida com fulcro no conceito amplo de saúde e na força normativa dos direitos fundamentais, conduz à seguinte conclusão: toda política pública que não oferecer os mais avançados tratamentos à saúde das pessoas é insuficiente; sendo insuficiente, ofende um direito subjetivo público e é passível de controle pelo Poder Judiciário. Esse controle materializa-se por uma ordem a que União, estado, Distrito Federal ou município realize o atendimento.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Sobre o tema, conferir: SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

O excesso de intervenção judicial no direito à saúde tem sofrido algumas críticas. A principal delas tem como base a necessidade de que a definição de políticas públicas voltadas à satisfação de direitos sociais envolva a avaliação de fatores outros que não aqueles trazidos ao Estado-juiz nos limites de uma lide individual. O fundamento legal para esse raciocínio encontra-se plasmado no art. 196 da Constituição, segundo o qual as políticas públicas de saúde devem garantir acesso “universal e igualitário” às ações e serviços voltados à prevenção de doenças e outros agravos, bem como à promoção, proteção e recuperação da saúde. Algumas decisões judiciais em casos individuais deixam, nessa medida, de levar em conta toda a realidade não levada aos autos do processo e acaba por prejudicar outras pessoas que também dependem de atendimento, mas não integram a ação judicial a ser julgada.

Nesse cenário, a interferência do Poder Judiciário no direito à saúde é essencial para a proteção da coletividade contra a inércia estatal em cumprir seus deveres. Contudo, alguns autores já têm ressaltado que essa intervenção não pode resultar na “absolutização” do direito à saúde em seu prisma individual.<sup>14</sup> A natureza social do direito à saúde bem como os princípios que delimitam o dever estatal de sua garantia devem ser respeitados. Afinal, mesmo que o direito à saúde possa ser vislumbrado sob a perspectiva do direito de uma pessoa concreta vir a receber assistência individualizada e específica, sua dimensão social e sua repercussão coletiva devem ser levadas em conta sob o prisma da razoabilidade e da solidariedade. Por isso, a discussão acerca da extensão dos deveres estatais voltados à garantia do direito à saúde deve ser pública, localizada na arena política e com a participação da sociedade. Tal debate é premente e deve ocorrer com mais intensidade nos próximos anos no Brasil.<sup>15</sup>

## 1.4 Organização dos sistemas públicos de saúde no mundo

O reconhecimento constitucional e a progressiva universalização do direito à saúde são fenômenos recentes, que ocorreram a partir

<sup>14</sup> Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, v. 1, jul./dez. 2012.

<sup>15</sup> Uma interessante discussão acerca dos limites do direito à saúde de cada pessoa em relação a prestações estatais pode ser encontrada em: DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 431-449.

do início do século XX e fizeram com que os estados tivessem de criar estruturas administrativas e obter recursos para fornecer ações e serviços públicos de saúde. Para tanto, dois grandes sistemas de assistência à saúde foram implementados ao redor do globo terrestre: o “sistema bismarckiano”, também conhecido como “sistema de seguros de saúde”, e o “sistema beveridgeano”, também conhecido como “sistema de saúde universal” ou “sistema nacional de saúde”.

O sistema bismarckiano teve origem na Alemanha antes mesmo do reconhecimento do direito à saúde, em fins do século XIX. Trata-se da organização de uma série de seguros de saúde, oferecidos à população para que esta tenha condições de arcar com os custos dos serviços de saúde de que venha a necessitar. Inicialmente oferecido como benefício trabalhista aos empregados formais, o sistema de seguros de saúde expandiu-se e hoje é adotado por uma série de países que reconhecem a saúde como direito de todos. No sistema bismarckiano, as pessoas são obrigadas a contratar um seguro de saúde, sendo que os mais pobres têm incentivos ou mesmo financiamento estatal para tanto. Dependendo do país, tanto os seguros quanto os prestadores dos serviços de saúde são de natureza pública ou privada, mas sempre regulados pelo Estado. O que faz do sistema bismarckiano um sistema estatal de saúde não é a natureza jurídica dos prestadores envolvidos, mas a garantia estatal de que todas as pessoas tenham seu direito respeitado, por meio do atendimento prestado via seguro de saúde. Esse sistema é adotado em países como a Alemanha, França e Holanda.

Já o sistema beveridgeano foi concebido na década de 1940 na Inglaterra. Nesse sistema, a garantia dos serviços de saúde não ocorre por intermédio de um seguro obrigatório, mas pelo próprio Estado, que oferece serviços de saúde a toda a população, os quais são financiados por toda a sociedade pelo pagamento de impostos. Enquanto no sistema bismarckiano o pagamento dos seguros de saúde é realizado, ao menos em parte, pelo próprio cidadão ou por seu empregador, no sistema beveridgeano, o financiamento ocorre por meio da tributação geral do Estado. No que tange aos prestadores de serviços, no modelo beveridgeano também convivem prestadores públicos e privados, que possuem vínculos com o Poder Executivo central, nos quais são estabelecidos seus direitos e deveres. Em países como a Inglaterra e o Canadá o sistema de saúde é gerido pelo Estado, que contrata prestadores públicos e privados, com fins lucrativos e sem fins lucrativos, para atender às necessidades da população.

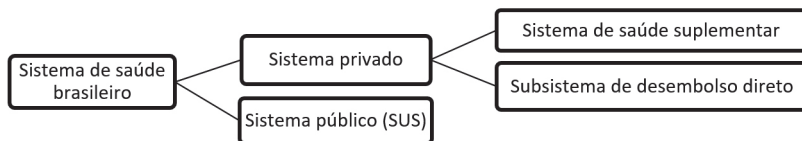
É possível, ainda, mencionar a existência de alguns países que adotam um sistema de assistência “residual” ou “segmentada”, no qual o atendimento público de saúde apenas é ofertado para aqueles que comprovem a sua condição de pobreza. A ideia que prevalece nesses sistemas é que cada pessoa deve ter condições financeiras para contratar seguros privados ou serviços privados de saúde. O principal exemplo desse sistema são os Estados Unidos.

A partir da Constituição brasileira de 1988, o Brasil deixou para trás o modelo de matriz bismarckiana até então existente, em que apenas as pessoas vinculadas ao INSS tinham o direito à saúde garantido. Com isso passou-se a adotar o sistema beveridgeano, no qual todas as pessoas possuem direito à saúde, que é financiado pela tributação geral do Estado. Esse modelo de organização da assistência à saúde no Brasil foi denominado de “sistema único de saúde”, conhecido pela sigla SUS.

## 1.5 O SUS e os prestadores privados de saúde no Brasil

A denominação sistema único de saúde (SUS) é adotada pela Constituição brasileira para se referir ao conjunto de ações e serviços de responsabilidade do Poder Público, os quais devem ser prestados pela União, estados, Distrito Federal e municípios conforme as diretrizes previstas no próprio texto constitucional. Entre essas diretrizes, segundo prescreve o art. 198 da Constituição, destacam-se a regionalização, a hierarquização, a descentralização, a integralidade e a participação da comunidade.

Entretanto, a locução “sistema único de saúde” não deve conduzir ao equívoco de imaginar-se a inexistência de outro sistema assistencial de saúde no Brasil. Tecnicamente, o sistema único de saúde corresponde, em solo pátrio, ao “sistema público” ou “sistema nacional de saúde”, conforme denominação usada em outros países. Ao lado de tal sistema existe um “sistema privado autônomo”, ou meramente “saúde privada”, que abrange prestadores privados de serviços independentes do Poder Público. No sistema privado, a prestação dos serviços pode dar-se por meio do “subsistema de saúde suplementar”, do qual fazem parte os planos privados de saúde, e do “subsistema de desembolso direto”, por vezes denominado de “medicina particular”. Essa distinção pode ser representada graficamente da seguinte forma:



Todo o sistema de saúde brasileiro – público ou privado – é dotado de relevância pública. Tanto isso é verdade que o subsistema de saúde suplementar possui disciplina específica, constante da Lei nº 9.656, de 3.6.1998, que regulamenta os planos privados de assistência à saúde, e da Lei nº 9.961, de 28.1.2000, que criou a Agência Nacional de Saúde.

Até a edição da Lei da Saúde Suplementar, as relações entre clientes de serviços privados de saúde e as operadoras dos planos sofriam a incidência da Lei nº 8.078, de 11.9.1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC). A partir de então, a legislação consumerista passou a ter aplicação subsidiária, já que a lei dos planos de assistência à saúde trata o tema de maneira específica. Já no que se refere ao sistema de desembolso direto, no qual o cliente paga diretamente ao prestador pelos serviços, incidem, em regra, as disposições do Código de Defesa do Consumidor. A competência para disciplinar o tema, tanto dos planos de saúde quanto da medicina particular, pertence à União Federal.

Já no que toca ao sistema público de assistência à saúde brasileiro, deve-se perceber que ele não é integrado apenas por entidades estatais. Essa correspondência não é prevista pelo texto constitucional brasileiro e por nenhum outro texto constitucional do mundo ocidental, à exceção de poucos países. Apesar de existir grande variação nas relações entre o agente financiador (Poder Público) e os prestadores de serviços de assistência à saúde pública no mundo, os modelos existentes podem ser reconduzidos a três grandes categorias, como ressaltam Elizabeth Docteur e Howard Oxley:

- “modelo público integrado”, que combina o financiamento dos serviços por meio de recursos orçamentários, nos quais a função de garantia e de provisão dos serviços é organizada e operada como em qualquer departamento estatal.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> No cenário mundial, um dos poucos modelos de prestação de serviços públicos de saúde mantidos integralmente por meio de financiamento público e prestação administrada

- “modelo contratual público”, no qual o pagamento pelos serviços é público, realizado por uma agência estatal ou por fundos de seguro, e a prestação dos serviços é estatal, não-estatal ou privada.
- “modelo privado de seguro/provisão”, no qual seguradoras privadas financiam prestadores privados de serviços de saúde.<sup>17</sup>

A opção brasileira – como se percebe claramente no art. 197 e no art. 199, §1º do texto constitucional, adiante analisados – amolda-se à tendência internacional. A ideia que fundamenta essa opção é a de que a gestão do sistema de saúde deve ser pública e estatal, sendo que a prestação dos serviços assistenciais à população pode ser estatal, privada sem fins lucrativos ou privada com fins lucrativos, mas sempre por meio de contratos que especifiquem padrões, critérios e diretrizes que garantam transparência e atendimento de qualidade à população pelo menor custo possível. Portanto, os prestadores privados de saúde, tanto empresas quanto ONGs, podem complementar o SUS, desde que possuam vínculos com o Poder Público que garantam a observância de seus princípios.

A possibilidade e os modos de participação de agentes privados no SUS costumam gerar intensos debates no Brasil, em especial pela desconfiança que se tem em solo pátrio quanto à seriedade das parcerias com a iniciativa privada. Essa desconfiança, aliada a opções ideológicas e à defesa de interesses corporativos, normalmente gera teorias contra a execução privada dos deveres estatais no setor de saúde. No entanto, deve-se ressaltar que a luta brasileira pela efetivação do direito à saúde passa pela solução desse problema, com a criação de um ambiente institucional de seriedade e transparência nas relações público-privadas no setor de saúde.

Em grande parte do mundo, a celebração de contratos entre o gestor do sistema de saúde e os prestadores dos serviços (sejam eles estatais ou privados) teve como resultado o aumento da transparência na prestação dos serviços e a possibilidade de comparação de desempenho entre os prestadores. Não é admissível que no Brasil os contratos com prestadores privados sejam usados como instrumento de diminuição

---

de forma vertical, como assinala Eleonor Minho Conill, pode ser encontrado em Cuba (CONILL, Eleonor Minho. *Sistemas comparados de saúde*. In: CAMPOS, Gastão W. de Souza *et al.* *Tratado de saúde coletiva*. Rio de Janeiro: Hucitec, 2006. p. 597).

<sup>17</sup> DOCTEUR, Elizabeth; OXLEY, Howard. *Health-care systems: lessons from the reform experience*. Paris: OECD, 2003. p. 10.

da transparência e até mesmo de corrupção. Transformar esse cenário é um dos desafios para a efetivação do direito à saúde no Brasil.

Deve-se ter claro, portanto, que o SUS não foi concebido pela Constituição de 1988 como uma estrutura exclusivamente estatal. Além da participação da comunidade em sua gestão, o conjunto de provedores de serviços assistenciais é composto por entidades estatais e privadas, com ou sem fins lucrativos, como explica Jairnilson Silva Paim:

Integram também o SUS os órgãos e instituições da chamada administração indireta, a exemplo das autarquias, fundações e empresas públicas. Assim, serviços e estabelecimentos de saúde vinculados à administração indireta poderiam gozar de maior autonomia de gestão, adequando-se melhor à natureza e às especificidades das ações de saúde. A iniciativa privada pode participar do SUS, em caráter complementar, mediante contrato regido pelo direito público. Nesse sentido, os serviços privados e filantrópicos contratados funcionam como se públicos fossem.<sup>18</sup>

Prestadores privados de serviços de saúde podem atuar, portanto, no subsistema de saúde suplementar, no subsistema de desembolso direto e também no sistema público de assistência à saúde. Nesta última hipótese, o regime jurídico incidente sobre tal prestação deve garantir a observância de todas as diretrizes e princípios gerais do SUS, bem como ampliar a transparência e a adequação dos serviços. Do contrário, não há justificativa para a celebração de parcerias na saúde.

## 1.6 Financiamento da saúde pública no Brasil

Além da gestão das ações e serviços a serem disponibilizados à população, outro grande desafio enfrentado pelos Estados na garantia do direito à saúde refere-se a seu alto custo. A demanda por tratamentos individualizados, conforme a necessidade de cada paciente, cria um efeito multiplicador que pode levar os gastos em saúde a consumir todo o orçamento de um Estado, em especial naqueles que adotam o modelo *beveridgeano*, arcado pela tributação geral.

A Constituição brasileira determinou o comprometimento dos entes federativos no financiamento da saúde. Como se sabe, o SUS é um sistema público gerido pelo Estado e financiado por impostos

<sup>18</sup> PAIM, Jairnilson Silva *et al.* *O que é o SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 36.



gerais. Nesse sentido, o princípio que rege o financiamento da saúde é a solidariedade vertical: o Estado intervém em fatos signo-presuntivos de riqueza de todas as pessoas, com o objetivo de obter recursos para despesas gerais, como as da saúde. Essa capacidade tributária, fonte maior de recursos estatais, é limitada, de modo que o orçamento público condiciona a ação estatal, em especial na saúde. Um breve retrospecto do financiamento da saúde pública no Brasil demonstra que ainda há muito a avançar na disponibilização de recursos públicos para o SUS.

A Constituição de 1988, em sua redação originária, previu em um dispositivo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que, até a aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, 30% (trinta por cento), no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, seriam destinados ao setor de saúde. Esse é, inclusive, o fator de discriminação que faz tais tributos receberem o nome de contribuições sociais: o produto de sua arrecadação é vinculado ao financiamento dos gastos públicos com a seguridade social (integrada por assistência, saúde e previdência social).

Entretanto, sucessivas emendas constitucionais criaram o Fundo Social de Emergência (1994), o Fundo de Estabilização Fiscal (1996) e, finalmente, a Desvinculação de Receitas da União (DRU - 2000), que permitem a retirada de 20% (vinte por cento) da receita vinculada da saúde pela União. Além disso, a Emenda Constitucional nº 20/98 previu a vinculação de contribuições para a seguridade social exclusivamente para a previdência social, excluindo tal orçamento da saúde.<sup>19</sup>

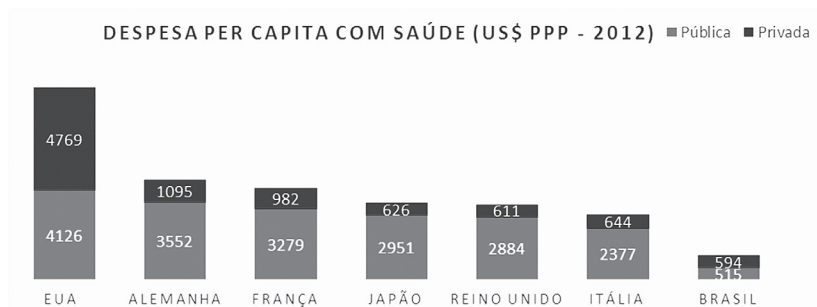
No ano 2000, a Emenda Constitucional nº 29 estabeleceu gastos mínimos em saúde para estados – 12% (doze por cento) de sua receita com impostos, e municípios – 15% (quinze por cento) de sua receita com impostos. Para a União previu aplicação do montante investido do ano anterior mais 5% (cinco por cento) e, daí em diante, correção pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Uma década depois, ressalta-se, a Lei Complementar nº 141, de 13.1.2012, delimitou o que podem ser consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde (ASPS), para fins do cálculo do limite mínimo de investimento em saúde.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Para tanto, foi incluído um inc. ao art. 167 da Constituição Federal, que passou a prever: “Art. 167. São vedados: [...] XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, ‘a’, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”.

<sup>20</sup> No Recurso Extraordinário nº 858.075/RS, o Supremo Tribunal Federal discute em regime de repercussão geral a possibilidade de intervenção judicial durante o período de ausência

Mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 86/15 fixou gasto mínimo em saúde pela União em 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida, em valores a serem implantados escalonadamente. Além disso, deve-se mencionar a Emenda Constitucional nº 95/16, que prevê a manutenção, por até 20 (vinte) anos, dos gastos da União realizados em 2017 com ações e serviços públicos de saúde, corrigidos anualmente pela variação da inflação medida pelo IPCA.

O resultado de todo esse percurso indica uma perspectiva futura de manutenção ou mesmo de diminuição no montante de recursos públicos direcionados à saúde pública, especialmente no atual cenário de dificuldades financeiras que assola todos os entes federativos brasileiros. Esse montante é bastante inferior ao investido por grande parte dos países, como se pode verificar no seguinte gráfico:



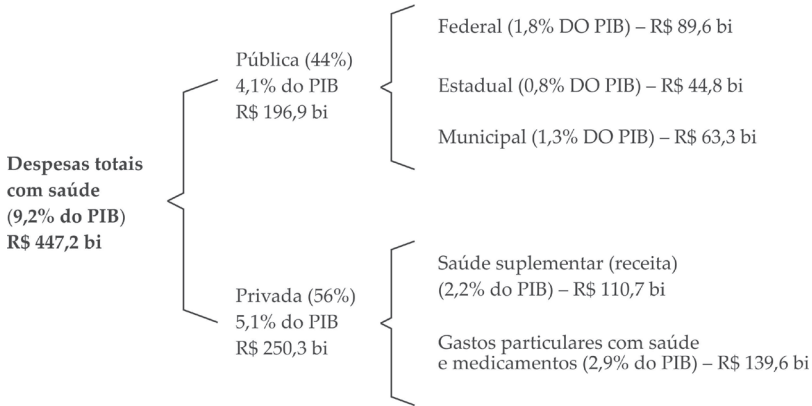
Fonte: Elaboração da ANAHP com base em dados da OMS.

Além de o gasto público *per capita* com saúde no Brasil ser baixo e inferior ao gasto privado (515 dólares contra 594 dólares), o comprometimento dos municípios é muito maior, proporcionalmente, do que o comprometimento dos estados e da União, como se percebe no seguinte gráfico:

---

de lei que defina o que é gasto em saúde. Isso porque vários entes federativos, antes da Lei Complementar nº 141/12, contabilizaram diferentes gastos como sendo investimentos em saúde, em possível desrespeito aos ditames trazidos pela EC nº 29/00.

### Grandes números da saúde



Fonte: Elaboração da ANAHP com base em dados da OMS e ANS. Os dados referem-se a estimativas para o ano de 2013.

Deve-se atentar ainda para o fato de que, ao contrário da União e de grande parte dos estados, que mal chegam a investir o valor mínimo exigido pela Constituição, a quase totalidade dos municípios brasileiros investe muito mais do que o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) de sua receita em saúde, atingindo uma média superior a 20% (vinte por cento) e, em alguns casos, ultrapassando os 35% (trinta e cinco por cento) de sua receita tributária.

## 1.7 A divisão constitucional de competências no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS

Para assegurar a concretização do direito à saúde de forma racionalizada, o ordenamento jurídico impõe ao Poder Público um conjunto de funções voltadas à organização e funcionamento do sistema de saúde. Tais funções são denominadas de ações e serviços públicos de saúde (ASPS), das quais merecem destaque:

- formulação de políticas públicas;
- financiamento das atividades públicas e privadas;
- regulação de todo o setor;
- fiscalização e controle de atividades que possam afetar a saúde das pessoas;
- prestação dos serviços de assistência à saúde.

Tais atividades estão contidas no art. 200 da Constituição Federal, que relaciona, além das atividades assistenciais, um conjunto de outras ações e serviços a serem executados pelo Poder Público, nos seguintes termos:

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

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Esse rol de ações e serviços públicos de saúde a ser prestado pelo Poder Público foi detalhado pela Lei Complementar nº 141/12, que considera como ações e serviços de saúde, para cálculo do investimento mínimo constitucional, as seguintes atividades:

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;

II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;

III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);

IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;

V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;

VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;

VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;

VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;

IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;

X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;

XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e

XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Ao atribuir competência aos entes federativos sobre a saúde pública, a Constituição brasileira não dividiu especificamente cada uma das atribuições, prevendo a competência comum para prestação dos serviços de saúde e a competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde, nos seguintes termos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Art. 30. Compete aos Municípios: [...]

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Além de tais previsões normativas, o texto constitucional organiza a atuação estatal na saúde de modo autônomo, conforme prevê o art. 198 da Constituição Federal. Tal dispositivo estabelece que as ações e serviços públicos de saúde (ASPS) sejam prestados pelos entes federativos de forma regionalizada e hierarquizada, formando um sistema único, organizado nos seguintes termos:

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

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Nesse passo, o SUS constitui uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, pautada na descentralização, com direção única em cada esfera de governo. Tais ações e serviços públicos envolvem, entre outras atividades, os serviços assistenciais de atendimento à saúde da população, que pode ser individual ou coletivo e ser prestado em âmbito hospitalar, ambulatorial ou domiciliar.

Essa constatação é de redobrada importância, pois os deveres estatais em relação ao direito à saúde não se restringem, obviamente, à prestação de serviços de assistência à saúde, voltados à sua proteção, promoção e recuperação. O art. 200 do texto constitucional é bastante claro ao estabelecer uma ampla gama de deveres estatais no setor de saúde. No entanto, são os serviços assistenciais aqueles que correspondem ao principal dever a ser cumprido pelos municípios, medido em termos de volume de recursos investidos e em termos de demanda pela população.

## 1.8 Regime jurídico das ações e serviços de assistência à saúde

A prestação de serviços públicos de assistência à saúde deve observar uma série de diretrizes ou princípios explícitos e implícitos, que incidem sobre a atuação do SUS. Entre eles, deve-se destacar a universalidade e igualdade de acesso, a integralidade e a gratuidade.

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 foi tratado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou inconstitucional a possibilidade de diferença de classe entre os usuários do SUS, por meio de um tratamento diferenciado para determinadas pessoas.<sup>21</sup>

A integralidade do atendimento configura uma das diretrizes a serem observadas na organização do sistema público de saúde. A Lei nº 8.080/90, em seu art. 7º, inc. 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 implicitamente no art. 43 da Lei Orgânica da Saúde, que assim dispõe: “Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. Trata-se, portanto, de uma diretriz a ser observada na prestação de serviços públicos de saúde por prestadores privados contratados pelo Poder Público. Entretanto, a gratuidade foi incorporada ao ordenamento constitucional 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 prestação gratuita das ações e serviços públicos de saúde.

Além desses princípios, a Lei nº 8.080/90 relaciona 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. Eis o teor do dispositivo:

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:

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli. *Diário de Justiça da União*, 8 abr. 2016.

- 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.

É importante destacar que, além desses princípios e diretrizes, próprios da assistência à saúde, também devem ser observados os “princípios gerais dos serviços públicos”, construídos a partir da jurisprudência francesa e positivados no ordenamento brasileiro pela Lei nº 8.987, de 13.2.1995, 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 nº 8.987/95:



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.<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup>

## 1.9 Atribuições municipais no Sistema Único de Saúde – SUS

O detalhamento normativo do Sistema Único de Saúde, com a previsão das obrigações de cada ente federativo, consta da Lei Orgânica da Saúde. Após especificar os objetivos (art. 5º), as atribuições (art. 6º) e os princípios e diretrizes do SUS (art. 7º), a LOS traz as linhas gerais de estruturação do SUS (organização, direção e gestão), repartindo as competências de cada ente federativo. Nesse caminho, após tratar das competências comuns (art. 15), da competência da União (art. 16) e da competência dos estados (art. 17), a Lei Orgânica da Saúde especifica as atribuições dos municípios nos seguintes termos:

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Sobre o tema, conferir: FREIRE, André Luiz. *O regime jurídico de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

IV - executar serviços:

- a) de vigilância epidemiológica;
- b) vigilância sanitária;
- c) de alimentação e nutrição;
- d) de saneamento básico; e
- e) de saúde do trabalhador;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Nota-se, assim, que os municípios detêm uma série de competências assistenciais atreladas à prevenção e à manutenção da saúde de sua população, as quais são implementadas mediante o desenvolvimento de ações e serviços de saúde de variadas formatações. Nesse sentido, o seguinte dispositivo da Lei Orgânica da Saúde é emblemático:

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: [...]

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

- a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

Tal dispositivo vai ao encontro do previsto, por exemplo, no art. 17, inc. III do mesmo diploma, que afirma a competência dos estados

para atuarem apenas supletivamente na prestação de serviços de saúde, dando preferência ao financiamento dos municípios de seu território.<sup>24</sup>

A prevalência do dever de os municípios garantirem a prestação de serviços de assistência à saúde pode ser explicada pelo fato de as pessoas viverem nos municípios, não na União ou nos estados. Assim, os problemas de saúde tendem a ser solucionados de modo mais efetivo no âmbito local, ou seja, nas cidades. Logo, a ideia é que as secretarias estaduais de saúde apenas intervenham em questões que ultrapassem as possibilidades do município, e que o governo federal ofereça apoio às ações estaduais e municipais, assegurando o cumprimento dos princípios e diretrizes do SUS.

Nesse sentido, um dos mais importantes marcos legais da saúde pública no Brasil, a Norma Operacional Básica – NOB-SUS nº 1/1996, reforça o protagonismo municipal no setor de saúde pública, estabelecendo a habilitação dos municípios na “gestão plena da saúde básica” ou na “gestão plena do sistema de saúde”, conforme os níveis de responsabilidades assumidos pelo gestor municipal. O substrato desse vetor consiste na ideia de que:

A totalidade das ações e de serviços de atenção à saúde, no âmbito do SUS, deve ser desenvolvida em um conjunto de estabelecimentos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, e disciplinados segundo subsistemas, um para cada município. O SUS-Municipal é voltado ao atendimento integral de sua própria população e inserido de forma indissociável no SUS, em suas abrangências estadual e nacional.

Os estabelecimentos desse subsistema municipal, do SUS-Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas, de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral.

Isso significa dizer que, independentemente da gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços ser estatal ou privada, a gestão de todo o sistema municipal é, necessariamente, da competência do poder público e exclusiva desta esfera de governo, respeitadas as atribuições do respectivo Conselho e de outras diferentes instâncias de poder. Assim,

<sup>24</sup> “Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: [...] III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde”.

nesta NOB gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema. Por sua vez, gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. São, portanto, gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal. [...]

Outro aspecto importante a ser ressaltado é que a gerência (comando) dos estabelecimentos ou órgãos de saúde de um município é da pessoa jurídica que opera o serviço, sejam estes estatais (federal, estadual ou municipal) ou privados. Assim, a relação desse gerente deve ocorrer somente com o gestor do município onde o seu estabelecimento está sediado, seja para atender a população local, seja para atender a referenciada de outros municípios.

Dada a complexidade do tema, em especial no que tange aos níveis de atenção à saúde, deve haver articulação entre os gestores federal, estaduais e municipais de saúde, a ser realizada, preferencialmente, em dois colegiados de negociação: a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e a Comissão Intergestores Bipartite (CIB). A CIT é composta, paritariamente, por representação do Ministério da Saúde (MS), do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems). A CIB, composta igualmente de forma paritária, é integrada por representação da Secretaria Estadual de Saúde (SES) e do Conselho Estadual de Secretários Municipais de Saúde (Cosems) ou órgão equivalente.

### 1.10 Prestação privada de serviços de assistência à saúde no âmbito do SUS

O ano de 2015 pode ser visto como um divisor de águas para o direito à saúde no Brasil. Duas decisões do Supremo Tribunal Federal consolidaram, depois de quase 30 (trinta) anos de existência do Sistema Único de Saúde (SUS), o entendimento de que as parcerias com a iniciativa privada consistem em opções constitucionalmente admitidas para a prestação de serviços públicos de assistência à saúde. Isso porque persistia no direito brasileiro alguma discussão quanto à possibilidade da prestação privada de ações e serviços públicos de saúde, em que pese a clareza dos dispositivos constitucionais acerca do tema:

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

Art. 199. [...]

§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.

A primeira decisão que consolidou em solo pátrio a constitucionalidade das parcerias no SUS refere-se à ADI nº 1.923, em que se discutia a constitucionalidade do modelo de gestão por organizações sociais. No voto vencedor que guiou o acórdão, publicado em 17.12.2015, o Min. Luiz Fux deixou consignada a constitucionalidade das parcerias com o terceiro setor nas áreas sociais, como a saúde e a educação. Na fundamentação do voto, encontram-se excertos que sintetizam o pensamento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais. [...]

Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. [...]

Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a contrario sensu – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às

instituições privadas com fins lucrativos”) e educação [...], mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.<sup>25</sup>

Como se pode perceber, o entendimento sufragado pelo Plenário do STF repele a ideia de que os serviços públicos de saúde no Brasil devem ser prestados apenas por estruturas estatais.

Esse entendimento, agora vinculante, já vem sendo ventilado em decisões isoladas do Supremo Tribunal Federal, como se pode perceber do seguinte excerto, de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, ao julgar a Medida Cautelar da ADI nº 1.923:

Não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais.<sup>26</sup>

A decisão do STF afasta o clássico argumento de que as parcerias afrontam a exigência de concurso público, prevista no art. 37, inc. II da Constituição Federal. Tal tese, como bem ressaltou Luiz Fux, é falsa na medida em que cabe aos poderes constituídos definir o melhor modelo de atuação estatal em cada momento histórico. Nesse passo, é possível a criação de cargos públicos para o exercício de todas as funções envolvidas em um hospital – da portaria à UTI. Mas é possível, também, a celebração de parcerias para que o parceiro privado gerencie todas essas funções, em estrito cumprimento do plano de trabalho da parceria. A exigência de concurso público, como bem diz a letra constitucional, aplica-se à primeira hipótese; não se aplica à segunda hipótese e também não veda a celebração de parcerias em áreas como a saúde. 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.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

A segunda decisão paradigmática proferida no ano de 2015 e publicada em 8.4.2016 tem como objeto específico a área da saúde. Trata-se do RE nº 581.488/RS, no qual o relator, Min. Dias Toffoli, seguido pela unanimidade do STF, assim decidiu acerca das parcerias na saúde:

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 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 artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementariedade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização” (Fernando Borges Mânica, op. cit., p. 7).

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.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli. *Diário de Justiça da União*, 8 abr. 2016.

Note-se que nesta segunda decisão o STF deixou claro que a complementaridade da participação privada no SUS, prevista pelo §1º do art. 199 da Constituição, tem como referência todo o sistema de saúde, que é composto por atividades prestacionais e por atividades de polícia e regulação, tal qual previsto no art. 200 da CF/88. Por isso, no que tange à prestação de ações e serviços de assistência à saúde da população, a participação privada é amplamente admitida, desde que respeitados os princípios e diretrizes do SUS.

A interpretação constitucional acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, em especial na decisão do RE nº 581.488/RS, 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 em detrimento de determinado modelo estatal de prestação de serviços. Note-se que também, sob a perspectiva internacional, o modelo exclusivamente estatista de provimento de prestações assistenciais à saúde tem sido abandonado.<sup>29</sup>

Nessa perspectiva, deve-se ter em mente que a saúde é dever do Estado; mas não é só isso. É também dever do Estado adotar os modelos administrativos mais eficientes para a prestação de serviços de saúde.<sup>30</sup> Caminha-se, assim, do reconhecimento da constitucionalidade das parcerias na saúde para a exigência de sua celebração (e devida execução) como forma de garantir direitos fundamentais tão caros à população nacional.

O reconhecimento do direito à saúde no centro da esfera hermenêutica, como definidor e não como consequência do modelo organizacional de sua prestação, já vinha sendo defendido há algum tempo por parte da doutrina, com alguma repercussão, ainda que tímida, nos tribunais pátrios. É o que há algum tempo sustenta Paulo Modesto:

A declaração de direito à saúde como direito do cidadão e dever do Estado obriga a que o Estado garanta o direito à saúde e não que ofereça diretamente e de forma executiva o atendimento a todos os brasileiros.

<sup>29</sup> Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 47-48.

<sup>30</sup> Nesse sentido, deve-se ter em mente, conforme Daniel Wunder Hachem, que é dever do Estado, além de atender às demandas individuais ou coletivas, criar estruturas organizativas e procedimentais que viabilizem sua fruição universalizada (HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014).



A palavra “saúde”, constante do artigo 199 da Constituição, refere a um bem jurídico, a uma utilidade fruível pelo administrado, que deve ser assegurada pelo Estado, independente deste fazê-lo direta ou indiretamente, mediante emprego do aparato público ou da utilização de terceiros.<sup>31</sup>

Na esfera jurisdicional, esse entendimento, somente agora acolhido pelo STF, encontra importante precedente na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Sempre com a devida vênia, não mais se mostra possível a interpretação de norma constitucional que atribua ao Estado todos os deveres, impedindo-o de contar com auxílio, remunerado ou não, de entidades privadas para a consecução do bem comum. No caso concreto, ao munícipe doente não interessa saber se o médico que o atende é servidor público ou não. O que lhe interessa é que haja médico para atendê-lo e medicamento para curar sua doença ou ao menos minorar seu sofrimento. Por isso não vislumbro clara e manifesta violação, ao menos no âmbito restrito deste recurso de agravo, ao artigo 199 da Constituição Federal que tornaria viável a suspensão da parceira. E, em tese, se mostra possível que alguns programas de saúde, voltados para temas mais sensíveis sejam transferidos a terceiros que tenham a capacidade tecnológica e gerencial de melhor atender à população pelo custo mais barato que o Estado poderia fazer.<sup>32</sup>

Não obstante, o reconhecimento pelo mundo jurídico da constitucionalidade das parcerias com a iniciativa privada no SUS não significa autorização para sua adoção de modo indiscriminado e, muito menos, sem observância das normas legais incidentes sobre cada espécie de parceria. Se de um lado o ano de 2015 representa o triunfo das parcerias na saúde no espectro normativo, as próximas gestões públicas precisam comprovar seu triunfo do ponto de vista administrativo. Isso implica redobrada atenção no modo de se decidir, instituir e fiscalizar a prestação privada das ações e serviços públicos de saúde.

A história de problemas, desvios, falta de fiscalização e corrupção nas parcerias com a iniciativa privada no Brasil faz com que sua adoção

<sup>31</sup> MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma de prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional n. 19/98. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 11, p. 8, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

<sup>32</sup> SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento n. 627.715-5/3-00 – SP*. Rel. Des. Lineu Peinado, 7 ago. 2007.

na área da saúde sofra resistências na teoria jurídica e na atuação de alguns órgãos de controle e fiscalização brasileiros. Por isso, a decisão do gestor público pela celebração de uma parceria no setor de saúde deve ser tomada de modo motivado, seguindo-se, conforme o caso, todos os trâmites para a efetivação da parceria, com consulta aos órgãos públicos competentes, realização de estudos de viabilidade, discussão e aprovação de leis municipais, publicação de editais de chamamentos públicos e processos seletivos, observância de prazos, realização de audiências e consultas públicas. Vale esclarecer que, como se trata de um tema recente, influenciado por opções ideológicas íntimas de cada pessoa e marcado por diversos casos de mau uso dos recursos públicos, todas as cautelas são imprescindíveis ao sucesso de uma parceria, antes mesmo de sua implantação.

Além disso, durante a execução da avença, é absolutamente necessário o acompanhamento constante do parceiro privado, a fim de avaliar e mensurar o alcance dos objetivos e metas pactuadas. Uma das grandes causas de insucesso em parcerias no setor de saúde consiste em contratos celebrados sem a devida adequação entre os valores previstos e o trabalho a ser realizado, bem como a falta de acompanhamento direto de representantes do Poder Público sobre a execução do objeto da parceria. Deve-se ressaltar, nessa medida, que a celebração de uma parceria no setor de saúde apenas é admitida pela Constituição Federal, nos termos do que foi acima mencionado, como instrumento de fortalecimento do SUS, com o compromisso estatal redobrado e aumento da transparência na prestação dos serviços.

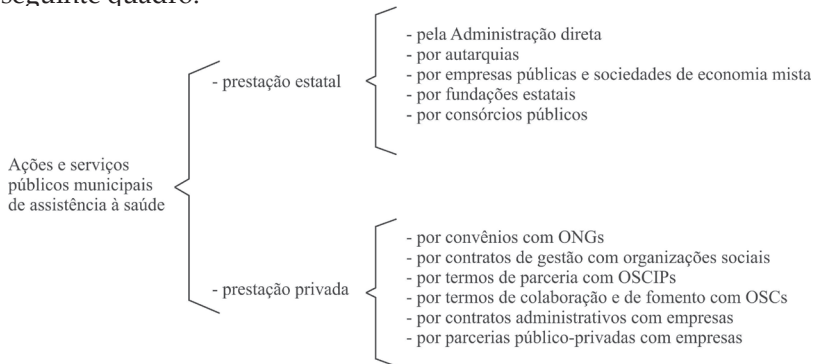
A contrariedade que muitos órgãos de controle e fiscalização ainda possuem com as parcerias na saúde decorre, sobretudo, de sua experiência com irregularidades que geraram prejuízo à boa prestação dos serviços de saúde. É necessário, portanto, que eventual opção pelas parcerias seja tomada de acordo com todos os ditames legais incidentes sobre cada uma das modalidades de ajuste, com absoluto cuidado para que não haja malversação de recursos e piora na qualidade dos serviços. Tal resultado pode gerar, como não raro acontece, a condenação do gestor público em processos de tomada de contas, em processos de improbidade administrativa e mesmo em processos criminais. A responsabilidade na área da saúde, como dito no início desta obra, tem aumentado a cada dia no Brasil, assim como a responsabilidade pelas decisões tomadas por cada gestor na execução de seus deveres constitucionais e legais.

As parcerias na saúde, nessa esquadra, desde que respeitadas a Constituição e a lei, são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Seu uso ocorre em todos os países desenvolvidos do mundo como forma de ampliar a transparência, permitir a comparação entre os prestadores e melhorar a eficiência na prestação dos serviços de atendimento à saúde da população. É nessa perspectiva que tal modalidade de prestação indireta dos serviços de saúde pode ser adotada pelos municípios brasileiros.

### 1.11 Modelos de prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios

A prestação de serviços públicos de assistência à saúde pelos municípios pode ser realizada pela Administração direta, pela Administração indireta, por entidades privadas sem fins lucrativos parceiras e por entidades privadas com fins lucrativos parceiras ou contratadas. A opção por uma ou outra modalidade de prestação, em especial no que tange à celebração de parcerias, deve ser motivada, por meio da descrição dos pressupostos de direito (previsão legal) e pressupostos de fato (realidade vivenciada pelo município) que conduziram à decisão tomada. Como já assinalado na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o modelo de prestação de serviços de assistência à saúde decorre de uma opção política a ser adotada pelos agentes democraticamente eleitos. Isso não afasta, contudo, a necessidade de observância de todos os requisitos constitucionais e legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro para a demonstração de que a opção adotada é a mais adequada para cada caso específico.

Esquemáticamente, pode-se ilustrar as possibilidades de organização do sistema municipal de assistência à saúde por meio do seguinte quadro:



Cada um desses modelos de prestação de serviços públicos de assistência à saúde no âmbito municipal possui legislação, características e finalidades específicas, as quais devem ser levadas em conta para a escolha de um ou outro modelo. Como dito no início deste capítulo, fatores como a evolução da tecnologia e dos custos no setor de saúde, a deficiência crônica do Estado brasileiro na oferta de serviços à população, a crise econômica e a restrição do orçamento da saúde, somados à reivindicação cada vez maior da população acerca do respeito a seus direitos, exigem que o gestor público tenha amplo conhecimento da realidade vivenciada e suficiente domínio dos mecanismos jurídicos que podem contribuir no enfrentamento deste importante desafio que envolve a prestação de serviços de assistência à saúde.

## PRESTAÇÃO ESTATAL

A prestação de serviços de assistência à saúde pela estrutura administrativa municipal pode ocorrer tanto pela Administração direta quanto pela Administração indireta. Tais modelos correspondem ao que se denomina “prestação estatal de serviços de assistência à saúde”, sobre a qual incide o regime jurídico administrativo ou o “regime jurídico de direito público”, entendido como o conjunto de “prerrogativas e de sujeições”, previstas por regras e princípios jurídicos, que disciplinam a organização do poder e o exercício das tarefas públicas, com o objetivo de proporcionar o adequado cumprimento dos fins do Estado.<sup>33</sup>

Enquanto o direito privado tem como característica a igualdade entre as partes e a horizontalidade das relações, o regime de direito público traz consigo um conjunto de sujeições e de prerrogativas que colocam o Estado em posição de superioridade em relação aos agentes privados com quem se relaciona.

Entre as prerrogativas do regime de direito público reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro podem ser citadas a estabilidade funcional dos servidores públicos, a imperatividade e presunção de veracidade dos atos administrativos, a impenhorabilidade de bens públicos, o pagamento de dívidas estatais pelo regime dos precatórios e os prazos processuais diferenciados. Entre as sujeições, podem ser relacionadas a submissão aos princípios da Administração Pública, em especial: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,

---

<sup>33</sup> Nas palavras de Jean Rivero: “[...] as normas de direito administrativo caracterizam-se em face do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares” (RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 42).

eficiência, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público; a exigência de concurso público; a proibição de acumulação de seus empregos com outros empregos ou cargos públicos; a contratação de obras, serviços, compras e alienações por meio de processo licitatório; o controle de contas pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas; as exigências de padrões de qualidade, atualidade, generalidade e continuidade na prestação de serviços públicos.

Trata-se de uma construção de matriz francesa instituída no período pós-revolucionário, que influenciou o ordenamento brasileiro e perdura, com alguma mitigação, até os dias de hoje. Seu fundamento teórico, na clássica doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, funda-se nos princípios basilares da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.<sup>34</sup>

A origem do regime jurídico de direito público remonta ao surgimento do Estado Liberal, cujas atividades eram bastante restritas e vinculadas ao exercício do poder de império do Estado, entendido como a intervenção pontual no comportamento privado de pessoas e empresas com o fim de adequá-lo à boa convivência e ao interesse comum. Com o passar do tempo, o Estado passou a assumir diversas atribuições, como a prestação de serviços de assistência à saúde. Tal assunção ocorreu em face da insuficiência da provisão das necessidades sociais por meio da prestação de alguns serviços apenas pela iniciativa privada. Contudo, considerando a natureza dessas novas atividades estatais, muitas das quais desvinculadas da imposição da força, foram instituídos modelos de organização administrativa, dotados de maior autonomia e flexibilidade gerencial, por meio da aplicação parcial do regime jurídico de direito administrativo.

Esse movimento de relativização das prerrogativas e sujeições típicas do regime jurídico administrativo pode ser visualizado na instituição, pelo Estado, por pessoas jurídicas de direito privado e integrantes da Administração indireta, como se verá a seguir.

## 2.1 Administração direta

O grande número de atribuições constitucionais outorgadas aos municípios brasileiros exige que eles organizem sua estrutura

<sup>34</sup> Sobre o tema, conferir: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69-86.

administrativa por meio de sua Lei Orgânica e de sua Lei de Organização Administrativa. Tais normas segregam na estrutura do Poder Executivo uma série de órgãos com a finalidade especializada de realizar determinada função administrativa. Afinal de contas, não seria possível, nem mesmo nos municípios de menor porte, a concentração de todas as atribuições municipais previstas pela Constituição Federal nas mãos do chefe do Poder Executivo.

Por isso ocorre o fenômeno da “desconcentração”, por meio do qual são instituídas subdivisões administrativas dotadas de atribuições especializadas, com a finalidade de cumprir determinada tarefa, necessária ao devido funcionamento do município.<sup>35</sup> Essas subdivisões administrativas são previstas em lei e recebem a denominação de órgãos públicos.<sup>36</sup> A Secretaria Municipal de Saúde, por exemplo, é um órgão subordinado ao Gabinete do Prefeito, com atribuições definidas pela legislação do município.

Nesse modelo de ação estatal, as atividades de saúde permanecem a cargo da Administração direta, sendo realizadas pela Secretaria de Saúde, que por sua vez pode ser subdividida em outros órgãos mais especializados em determinados assuntos. Deve-se atentar, contudo, que a instituição de órgãos públicos obedece à lógica da hierarquia, sendo que o chefe do Poder Executivo tem aptidão para rever todos os atos praticados pelas subdivisões internas da Administração Pública direta, criadas pelo processo de desconcentração.

A prestação de ações e serviços públicos de saúde pela Administração direta, ainda que desconcentrada, submete-se ao influxo integral das normas de direito público, ou seja, sofre a incidência do regime jurídico administrativo acima mencionado. Sua previsão constitucional consta, sobretudo, do art. 37 da Constituição Federal.<sup>37</sup> Diante disso, a prestação de tais serviços pela Administração direta – Secretaria de Saúde e seus órgãos internos – está sujeita a diversas exigências de tal regime, entre as quais:

<sup>35</sup> Denomina-se “desconcentração” o ato de criação de órgãos despersonalizados no interior da Administração direta, com missão específica de atender à demanda de determinada área especializada de interesse público. Trata-se, assim, de uma distribuição interna de competências.

<sup>36</sup> De acordo com a Lei Federal nº 9.784/99, órgão é conceituado como “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”.

<sup>37</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

- submissão aos princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;
- previsão em lei de todos os cargos permanentes necessários à execução das ações e serviços de saúde;
- contratação de pessoal exclusivamente por concurso público de provas ou de provas e títulos para provimento dos cargos previstos em lei, à exceção dos cargos em comissão e das funções de confiança;
- realização de licitação para compra de todos os bens necessários à prestação dos serviços (medicamentos, insumos hospitalares, equipamentos médicos, etc.), bem como para a contratação de obras de engenharia (construções, reformas, pequenos reparos, etc.) e serviços de qualquer natureza (recepção, segurança, lavanderia, etc.);
- incidência das limitações constitucionais quanto à acumulação de cargos e ao teto de remuneração;
- cômputo de todas as despesas com pessoal no limite prudencial da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- submissão dos servidores ao regime jurídico único adotado pelo município;
- controle de contas pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas;
- submissão à Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527, de 18.11.2011.

De outro viés, o regime jurídico incidente sobre a Administração Pública direta prevê uma série de cláusulas que exorbitam o direito comum, tais como:

- coercitividade, autoexecutoriedade e presunção de veracidade dos atos administrativos, atributos necessários ao exercício do poder de império;
- possibilidade de desempenho de ações e serviços que envolvam o exercício do poder de polícia do Estado, como acontece na vigilância sanitária e epidemiológica, em que não raro há imposição de multas e outras penalidades;
- maior controle sobre a destinação dos recursos públicos e sobre a atuação do pessoal envolvido, ante a incidência da legislação orçamentária e o estatuto dos servidores públicos;
- não incidência de alguns impostos, ante a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição;



- regime protetivo aos bens públicos, que não podem ser penhorados, de modo que o pagamento de dívidas judiciais deve ocorrer pelo regime de precatórios previsto pelo art. 100 da Constituição Federal.

Tal regime, como se pode perceber, garante força e proteção para a Administração Pública, características necessárias ao desenvolvimento de atividades que envolvam o poder de império do Estado, como é o caso da formulação de políticas públicas, do controle da própria atividade administrativa municipal e dos prestadores privados de assistência à saúde, da vigilância sanitária e epidemiológica, do controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias e da fiscalização e inspeção de alimentos. No entanto, no que tange aos serviços de assistência à saúde, é possível apontar algumas desvantagens do modelo, como:

- dificuldades no manuseio dos recursos públicos, vinculados às despesas previstas na Lei Orçamentária Anual (LOA);
- dificuldade para gerenciar recursos humanos, em especial afastamentos decorrentes de férias e licenças de servidores públicos, indispensáveis ao atendimento permanente da população;
- dificuldade na contratação de determinados profissionais, que não demonstram interesse em seguir carreira pública em municípios de pequeno porte;
- dificuldade no gerenciamento de estoques de medicamentos e insumos, ante as exigências da Lei de Licitações e das limitações orçamentárias;
- dificuldades de contratação de pessoal em face da limitação de gastos trazida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nessa perspectiva, uma avaliação conduzida pelo Banco Mundial evidenciou que as principais deficiências que afetam a qualidade dos serviços nos hospitais brasileiros estão relacionadas às áreas de suprimento de medicamentos, de gestão das pessoas e de equipamentos e insumos médicos. Esses problemas foram identificados pelos respondentes dos questionários da investigação como sendo resultantes da baixa eficiência e eficácia no manejo de recursos, ou seja, de mau desempenho gerencial.<sup>38</sup> Ademais, a falta de autonomia na gestão de

<sup>38</sup> WORLD BANK. *Report n. 36601-BR: governance in Brazil's Unified Health System (SUS) raising the quality of public spending and resource management*. 2007. Disponível em: <[wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/03/06/000090341\\_20070306085417/Rendered/PDF/366010BR.pdf](http://wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/03/06/000090341_20070306085417/Rendered/PDF/366010BR.pdf)>.

recursos humanos e materiais foi repetidamente referida como o fator principal que, no âmbito do SUS, dificulta a assistência à saúde com agilidade e qualidade.

Nesse contexto, pode-se dizer que do ponto de vista estritamente jurídico, o modelo de prestação de serviços de assistência à saúde pela Administração direta é aquele que oferece maior segurança ao gestor público. Isso porque não há discussões quanto à legalidade de tal modelo de gestão, seja em sede doutrinária, seja por parte dos órgãos de controle. Já do ponto de vista administrativo, as cláusulas que trazem proteção e possibilitam o exercício do poder de império da Administração Pública muitas vezes comprometem a efetividade da atuação estatal na prestação de serviços aos cidadãos.

## 2.2 Administração indireta: pessoas jurídicas de direito público

Além de prestar serviços de assistência à saúde diretamente, por meio de órgãos instituídos em sua própria estrutura, a Administração direta pode optar pela técnica da “descentralização” ao realizar sua prestação, atribuindo-a a uma entidade com personalidade jurídica própria, especialmente criada para tal finalidade. Nesse passo, o art. 11 do Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967 – conhecido como Lei de Organização Administrativa Federal –, dispõe:

Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

Diferentemente da desconcentração, da qual resulta a constituição de órgãos despersonalizados no interior da Administração direta, conforme acima referido, o movimento de descentralização implica a criação de entidades externas à sua estrutura, as quais são dotadas de personalidade jurídica própria. As entidades resultantes do processo de descentralização integram a denominada “Administração indireta” dos entes federativos. Da descentralização podem resultar entidades com personalidade jurídica de direito público e entidades com personalidade jurídica de direito privado.

No presente tópico, enfrenta-se a prestação de serviços públicos de assistência à saúde de forma descentralizada por entidades da

Administração indireta dotadas de personalidade jurídica de direito público – as autarquias e as fundações públicas de direito público, também denominadas “fundações autárquicas” ou “autarquias fundacionais”.

### 2.2.1 Autarquias

Autarquias são pessoas jurídicas de direito público criadas pelos entes federativos por meio de lei, com o objetivo de desenvolver, de modo autônomo, atividades típicas ou exclusivas de Estado. É essa a noção legal constante do Decreto-Lei nº 200/67, que define em seu art. 5º, inc. I, a autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

O arcabouço normativo dado pela Constituição Federal de 1988 à Administração Pública segue o modelo previsto pelo Decreto Lei nº 200/67. Nessa esquadra, pode-se dizer que todas as pessoas jurídicas de direito público instituídas por lei para desempenho de atividades administrativas típicas ou exclusivas de Estado são reconduzíveis ao conceito de autarquia. De acordo com a teoria jurídica brasileira construída a partir do Decreto-Lei nº 200/67, as autarquias estão submetidas ao regime jurídico de direito público idêntico àquele incidente sobre a Administração Pública direta. Tal assertiva é referendada pelo fato de todas as referências constitucionais às autarquias constarem do texto constitucional ao lado da menção à Administração direta.<sup>39</sup>

No que tange à prestação de serviços públicos de assistência à saúde, pode-se assinalar duas vantagens das autarquias em relação à prestação realizada pela Administração direta:

- capacidade de autoadministração (a autarquia é dotada de bens e receita próprios que não se confundem com aqueles da Administração direta a que se vincula, sendo geridos pela própria autarquia);
- especialização dos fins ou atividade (a autarquia desenvolve capacidade específica para desenvolvimento da atividade para a qual foi instituída).

<sup>39</sup> Vide, por exemplo, o art. 22, XXVII; o art. 37, XI; o art. 38, *caput*; art. 39, §7º e art. 40, *caput* da Constituição Federal.

A criação de uma autarquia municipal depende da aprovação de projeto de lei de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, conforme prevê o art. 37, inc. XIX da Constituição. É importante destacar que tal inciso deixa a cargo da lei instituidora traçar as diretrizes da instituição. Logo, é correto inferir que nela devem constar todas as definições necessárias à existência, funcionamento e cumprimento das finalidades de uma pessoa jurídica, tais como denominação, finalidades, estrutura organizacional, quadro de servidores e fonte de receitas.

Do mesmo modo, a extinção de uma autarquia deve ocorrer por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, devidamente aprovada pelo Poder Legislativo.

Ainda que essa não seja uma característica obrigatória, deve-se ressaltar que as autarquias são entidades vocacionadas para a execução de atividades que envolvam o exercício do poder estatal, tais como a criação de políticas públicas, a regulação econômica e o exercício da atividade de polícia.

A criação de uma autarquia municipal não exige a Administração Pública das mesmas dificuldades para a prestação de serviços de assistência à saúde apresentadas no tópico precedente, como o manuseio dos recursos públicos, o gerenciamento de recursos humanos, a contratação de profissionais especializados, o gerenciamento de estoques e a limitação de gastos com pessoal trazida pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Diante disso, a despeito de ser juridicamente possível a prestação de serviços públicos de assistência à saúde por autarquias, esta não costuma ser uma opção atualmente adotada. Grande parte das autarquias voltadas à prestação de serviços assistenciais de saúde foram criadas há muitos anos e acabaram sendo mantidas por conveniência do ente federativo que as instituiu.

## 2.2.2 Fundações públicas de direito público ou “fundações autárquicas”

Ao lado das autarquias, também é juridicamente possível a gestão de serviços de saúde por meio de fundações públicas de direito público, também denominadas “fundações autárquicas” ou “autarquias fundacionais”. Deve-se ressaltar que tal modelo de entidade estatal não se confunde com as fundações públicas de direito privado, também denominadas “fundações estatais” – adiante analisadas.

Sobre essa distinção, deve-se assinalar que a natureza jurídica das fundações públicas pode ser tanto de direito público quanto de

direito privado. Isso porque o texto constitucional faz referência às duas modalidades de fundações públicas, a depender do dispositivo que trata do tema. Essa dualidade da natureza jurídica das fundações públicas foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados.<sup>40</sup> A locução “fundação pública”, portanto, refere-se a duas entidades de natureza diversa, que têm como principal diferença a forma como são constituídas: (i) as fundações públicas de direito público são instituídas diretamente por meio de lei; e (ii) as fundações públicas de direito privado são instituídas pelo Poder Executivo, que é autorizado por lei a elaborar e registrar seus atos constitutivos no registro de pessoas jurídicas, conforme procedimento previsto na legislação civil.

A diferença entre as espécies é que as “fundações autárquicas” (de direito público) ingressam no mundo jurídico a partir da promulgação da lei que as cria, não sendo necessário qualquer ato de registro para que, de imediato, passem a existir com personalidade jurídica própria. Já as “fundações estatais” (de direito privado), mesmo instituídas pelo Poder Público, adentram ao mundo jurídico a partir do registro dos seus atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. São, pois, dois atos diversos: a lei autoriza a criação, enquanto o ato de registro inaugura a personalidade jurídica de direito privado da fundação.

Deve-se ressaltar que, às vezes, não basta a análise do critério formal como fator de discriminação da natureza jurídica das fundações estatais. Por isso, persistindo dúvidas em relação ao tema, deve-se promover a análise de alguns critérios materiais de diferenciação, conforme sugere Carlos Ari Sunfeld:

- verificar se há, na – lei instituidora da fundação ou em seu estatuto, menção expressa a respeito da personalidade jurídica do ente criado (se houver, constará já um indicativo da natureza jurídica da fundação pretendida pelo Poder Público);
- como critério subsidiário, caso a lei instituidora da fundação disponha que os seus funcionários serão contratados com base no regime trabalhista celetista, a fundação apontará para uma personalidade jurídica de direito privado;

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 101.126/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 24 out. 1984. *Diário de Justiça da União*, 1º mar. 1985; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n. 219.900/RS. Rel. Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, j. 4 jun. 2002. *Diário de Justiça da União*, 16 ago. 2002; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 24427*. Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 30 ago. 2006.

– por fim, denotará personalidade jurídica pública a fundação governamental que desempenhar atividades exclusivas do Poder Público (poder de polícia, serviços públicos indelegáveis, etc.); de outra parte, explorando atividades não exclusivas do Estado (ex.: atividades ligadas ao desporto e à saúde), a fundação poderá ter natureza jurídica de direito privado.<sup>41</sup>

Em virtude das dificuldades trazidas pelo mundo real, com fundações instituídas há décadas, muitas vezes sem que haja toda a documentação acerca de sua instituição e funcionamento, Maria Sylvia Di Pietro aduz que a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – deve ser extraída em cada caso concreto, a partir do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos.<sup>42</sup>

De todo o modo, para o que interessa ao presente tópico, que trata das fundações públicas de direito público, deve-se ter em mente que a elas se aplica regime jurídico idêntico ao das autarquias. Assim, sua instituição segue o mesmo procedimento, com todo o detalhamento previsto na lei de criação da entidade, e sua extinção deve ocorrer nos mesmos moldes de sua instituição. No tocante à prestação de serviços de assistência à saúde, não há relevantes vantagens em relação aos serviços assistenciais prestados pela Administração direta, visto que, em que pese sua especialidade e autonomia, o regime jurídico incidente sobre suas atividades é o regime de direito público.

### 2.3 Administração indireta: pessoas jurídicas de direito privado

Outra hipótese de descentralização de serviços públicos de assistência à saúde consiste na criação de pessoas jurídicas de direito privado, também integrantes da Administração Pública indireta do município. Ao contrário das autarquias e fundações públicas de direito público, as entidades administrativas de direito privado não possuem aptidão para exercer qualquer atividade que envolva o exercício do poder estatal,

<sup>41</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundações governamentais. *Revista de Direito Público*, n. 97, p. 86-93, 1991. p. 91.

<sup>42</sup> “Art. 37. [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

como definição de políticas públicas, regulação e exercício do poder de polícia. Por outro lado, seu regime jurídico não é integralmente o regime jurídico de direito público, de modo que há maior flexibilidade para a gestão de atividades que não envolvam o exercício do poder de império do Estado, como se verá adiante.

Entre as pessoas jurídicas de direito privado passíveis de instituição pelos municípios encontram-se:

- as fundações estatais;
- as empresas públicas; e
- as sociedades de economia mista.

A instituição de tais entidades depende da edição de lei específica, contendo autorização para que o Poder Executivo Municipal elabore e leve a registro os atos constitutivos da entidade, nos termos da legislação civil, conforme previsto na Lei Orgânica Municipal. Em todos os casos, deve-se ter claro que a entidade criada – fundação estatal, empresa pública ou sociedade de economia mista – possui natureza estatal (ainda que de direito privado) e integra a Administração Pública indireta do município.

### 2.3.1 Fundações públicas de direito privado ou “fundações estatais”

As fundações públicas de direito privado, também denominadas “fundações estatais”, encontram-se previstas pelo Decreto-Lei nº 200/67, que, na redação dada pela Lei nº 7.596/87, dispõe:

Art. 5º [...]

IV - Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

As fundações estatais são, conforme prescrição legal, entidades de direito privado, instituídas pelo Poder Executivo a partir de autorização legislativa específica, para o exercício descentralizado de atividades que não exijam o uso do poder de império do Estado. A figura é referida especificamente no inc. XIX, do art. 37 do texto constitucional,

que prevê a criação das fundações estatais após autorização legislativa e delimita as áreas de atuação das fundações estatais à previsão contida em lei complementar.<sup>43</sup>

Na esfera federal ainda não foi editada lei complementar que faz referência à Constituição Federal, de modo que não têm sido criadas fundações estatais na esfera da União. De outro bordo, considerando tratar-se de tema afeto à autonomia federativa, cada ente estatal possui competência para editar suas próprias leis complementares que indiquem as áreas passíveis de atuação por fundações estatais. A exemplo do que prevê o Código Civil, as áreas mais comuns para atuação das fundações estatais são os serviços de natureza social.

Pode-se dizer que as fundações estatais decorrem da importação de uma modalidade de pessoa jurídica bastante conhecida no direito privado – as fundações privadas, previstas pelo art. 44, inc. III, e disciplinadas pelo art. 62 e seguintes do Código Civil. Note-se, contudo, que apesar de submetidas às diretrizes gerais da legislação civil, as fundações estatais não seguem as exigências lá contidas, como a instituição por escritura pública ou testamento, a dotação especial de bens livres e o velamento pelo Ministério Público.<sup>44</sup> Nas fundações estatais, a instituição ocorre por ato do Poder Executivo, que não precisa indicar um conjunto de bens livres (apenas a forma de financiamento) e não se submete ao velamento do Ministério Público.

Deve-se atentar, contudo, que a criação, pelo Poder Público, de fundações estatais de direito privado não afasta a incidência do regime jurídico administrativo, cujos contornos foram integralmente abordados acima, a propósito das autarquias. Constituídas que são pelo Poder Público, por meio de autorização legal, as fundações estatais não deixam, pelo simples fato de ostentar personalidade jurídica privada, de se submeter, ainda que parcialmente, ao regramento de direito público. Esse regime jurídico, que não é integralmente público e tampouco integralmente privado, é denominado pela teoria jurídica como “regime de direito administrativo mínimo”. Sobre o tema, preconiza Marçal Justen Filho:

<sup>43</sup> “Art. 37. [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

<sup>44</sup> Nos termos do art. 5º, §3º do Decreto-Lei nº 200/67: “As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações”.



Há um “mínimo” de direito público que é inafastável das entidades públicas com estrutura de direito privado, decorrente da natureza instrumental da entidade criada para o cumprimento de função administrativa. Ser dotada de personalidade jurídica de direito privado não significa ausência de natureza estatal, o que exige instrumentos de controle e vinculação à realização dos valores da democracia republicana.<sup>45</sup>

Nesse passo, entre as normas constitucionais incidentes sobre as fundações estatais, pode-se apontar:

- submissão aos princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;
- exigência de concurso público para provimento de empregos públicos;
- proibição de acumulação de seus empregos com outros empregos ou cargos públicos;
- contratação de obras, serviços, compras e alienações por meio de licitação;
- controle de contas pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas;
- submissão à Lei nº 12.527/11 – Lei de Acesso à Informação.

Referente ao regime de contratação de pessoal da fundação estatal, a natureza jurídica de direito privado impõe que ela se dê pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Isso não afasta, contudo, a exigência de que todas as contratações ocorram após a realização de concurso público. Além disso, a fundação estatal deve ter seu quadro de pessoal organizado conforme plano de carreira, empregos e salários definidos em seu estatuto.

A respeito da incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal, deve-se ter em conta a necessidade de inclusão, para cômputo do limite de gasto com pessoal (de 60% da receita corrente líquida do município), dos valores dispendidos com pagamento dos empregados das fundações públicas, sejam elas de direito público ou de direito privado. Isso porque a Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – é clara ao afirmar que estão compreendidas as fundações constituídas pelos entes federativos. Veja-se:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. [...]

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 244-245.

§3º Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos: [...]

b) as respectivas administrações diretas, fundos, Autarquias, fundações e empresas estatais dependentes.

Portanto, salvo a hipótese de uma fundação estatal que arque com as despesas de pessoal de modo independente, entendida como aquela que não receba da Administração Pública direta recursos financeiros para o pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, os gastos com pessoal das fundações públicas integram o cálculo do montante máximo de despesas de pessoal do respectivo ente federativo.

Nota-se, ante todo o exposto, que em comparação à prestação de serviços de assistência à saúde por autarquias e fundações autárquicas, a prestação de serviços de saúde por intermédio de fundações estatais traz como principal diferença a contratação de pessoal pelo regime celetista e não estatutário – que, ao menos em tese, melhor se adequa à maleabilidade exigida no atendimento à saúde da população.

Um exemplo de fundação pública com personalidade jurídica de direito privado no setor de saúde pode ser encontrado no município de Curitiba. Trata-se da Fundação Estatal de Atenção Especializada em Saúde de Curitiba (Feaes), entidade criada pelo Poder Executivo a partir de autorização dada pela Lei Municipal nº 13.663, de 21.12.2010. Seu objeto consiste na execução e desenvolvimento de ações e serviços de saúde ambulatorial especializada, hospitalar, no apoio diagnóstico, de ensino e pesquisa no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Na esfera estadual pode-se encontrar outro exemplo bastante recente. Trata-se da Fundação Estatal de Atenção em Saúde do Estado do Paraná (Funeas), instituída por força de autorização dada pela Lei Estadual nº 17.959, de março 2014, com a finalidade de

desenvolver e executar ações e serviços de saúde ambulatorial e hospitalar, de desenvolvimento, pesquisa e tecnologia em produção de imunobiológicos, medicamentos e insumos, e de educação permanente no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS do Estado do Paraná nas unidades próprias da Secretaria de Estado da Saúde.

### 2.3.2 Empresas públicas e sociedades de economia mista

Outra forma de descentralização administrativa ocorre mediante criação de empresas estatais, gênero que abrange tanto as empresas

públicas quanto as sociedades de economia mista. Enquanto as fundações estatais têm paralelo nas fundações privadas e são vocacionadas à prestação de atividades na área social, as empresas estatais possuem paralelo nas empresas privadas e são vocacionadas ao desenvolvimento de atividades econômicas. A principal diferença entre as duas modalidades empresariais diz respeito à composição do capital social e à estrutura societária de cada uma delas, conforme se depreende da recente Lei nº 13.303, de 30.6.2016 – conhecida como Lei das Estatais, que assim dispõe:

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Assim, segundo a tradição fixada pelo Decreto-Lei nº 200/67, enquanto nas empresas públicas o capital social é integralmente público, nas sociedades de economia mista o capital deve ser majoritariamente público no tocante às ações que atribuem direito a voto (sendo que em relação às demais ações não incide tal exigência). Por outro lado, enquanto as empresas públicas podem se revestir de qualquer uma das formas societárias admitidas, as sociedades de economia mista devem se constituir, necessariamente, sob a forma jurídica de sociedade anônima (S/A). Assim como ocorre com as fundações estatais, a criação de ambas se dá após a devida autorização legislativa, conforme o já mencionado art. 37, XIX da CF/88.

A exploração de atividades econômicas por entes da Administração indireta instituídas pelo Poder Público é prevista pelo art. 173 da Constituição Federal, que limita tal atuação para os casos que envolvam relevante interesse coletivo e segurança nacional,<sup>46</sup> e pelo art. 175 da Constituição Federal, que prevê a prestação de serviços públicos.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

<sup>47</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A experiência nacional demonstra que desde a sua origem as estatais foram instituídas para a exploração de atividades qualificadas como serviços públicos passíveis de exploração lucrativa (os chamados “serviços públicos econômicos”), em áreas como energia, saneamento e telecomunicações. Ademais, foram constituídas estatais para exploração de setores econômicos monopolizados pelo Estado, a exemplo do setor de petróleo e, antigamente, de extração mineral.

O processo de instituição de uma empresa estatal segue o modelo das fundações estatais. O Poder Executivo deve encaminhar um projeto ao Poder Legislativo para que este aprove uma lei específica autorizando aquele poder a elaborar e levar a registro, nos órgãos competentes, o contrato social da empresa estatal.

A recente Lei nº 13.303/16, acima mencionada, regulamentou o art. 173, §1º da Constituição de 1988, estabelecendo o “estatuto jurídico das empresas estatais”. A nova lei confirma a tendência descrita nos parágrafos precedentes, afirmando sua incidência sobre

toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos.

É hoje, portanto, assente de dúvidas a possibilidade de constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, tanto para (i) a exploração de atividades econômicas em competição com o setor privado (ex.: Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil); (ii) a exploração de atividades econômicas monopolizadas pelo Estado (ex.: Petrobras); (iii) a prestação de serviços públicos econômicos (ex.: Eletrobras, Copel, Sanepar).

Nessa toada, as principais diferenças em matéria de regime jurídico entre as estatais exploradoras de atividades econômicas e as estatais prestadoras de serviços públicos consistem: (i) em sua responsabilização no âmbito civil, que é subjetiva nas primeiras e objetiva nas segundas, ante o disposto no art. 37, §6º da Constituição;<sup>48</sup> e (ii) na penhorabilidade

<sup>48</sup> “Art. 37 [...] §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

dos bens das primeiras e impenhorabilidade dos bens das segundas, desde que afeitos à prestação do serviço público que lhes compete. De resto, o regime jurídico das entidades coincide integralmente, sobretudo a partir da Lei nº 13.303/16, que lhes conferiu tratamento uniforme.

Nos termos do regime jurídico disciplinado na Constituição, independentemente de explorarem atividades econômicas ou de prestarem serviços públicos, as empresas estatais possuem deveres típicos do regime jurídico administrativo, como:

- a realização de concurso público para seleção de empregados públicos;
- realização de licitação para compra de bens e serviços, cujo procedimento é previsto pela própria Lei nº 13.303/2016, nos arts. 28 a 84 (não mais da Lei nº 8.666/93);
- cômputo das despesas com pessoal se enquadra no limite prudencial da Lei de Responsabilidade Fiscal, quando a empresa estatal for “dependente”, isto é, quando receber do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;
- submissão de suas operações de crédito externo e interno aos limites e condições fixados pelo Senado Federal, conforme art. 52, inc. VII da CF/88;
- sujeição ao teto remuneratório dos agentes públicos, caso haja repasse de recursos públicos para pagamento de pessoal ou de custeio em geral, nos termos do art. 37, §9º, da CF/88;
- necessidade de prévia dotação orçamentária para concessão de qualquer vantagem, alteração de estrutura de carreiras, bem como admissão de pessoal a qualquer título, conforme art. 169, §1º da CF/88;
- submissão à Lei nº 12.527/11 – Lei de Acesso à Informação;
- proibição de acumular cargos/empregos, conforme art. 37, inc. XVII da CF/88;
- fiscalização por Tribunal de Contas (art. 70, c/c art. 71 CF; art. 23, §2º, art. 87 *caput*, §§2º e 3º, art. 88, §2º da Lei nº 13.303/16);
- sujeição dos agentes à Lei de Improbidade Administrativa (arts. 1º a 3º da Lei nº 8.429/92), e possibilidade de responder, em ação popular, por atos lesivos que tenham ocasionado (art. 1º da Lei nº 4.717/65).

Trata-se, portanto, de um regime jurídico semelhante ao versado no tópico precedente, ao se enfrentarem as fundações estatais. A maior peculiaridade das empresas públicas e sociedades de economia mista em face das fundações estatais reside no fato de que, nas empresas estatais, as licitações são processadas por regime próprio, definido na nova Lei nº 13.303/2016.

Conforme previsão expressa da Lei nº 13.303/16, as empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, de natureza empresarial, voltadas a explorar determinada atividade econômica (i) de produção ou comercialização de bens ou (ii) de prestação de serviços. Tal hipótese não se coaduna com a natureza dos serviços públicos de assistência à saúde, que no âmbito do SUS, como visto no capítulo 1, devem ser prestados gratuitamente. Ou seja, os serviços de assistência à saúde possuem natureza social, de modo que na esfera pública não podem ser ofertados mediante pagamento. Afinal, como já visto, sua prestação pelo Estado, direta ou indiretamente, é realizada de forma universal e gratuita à população usuária.

Assim, não parece compatível com o ordenamento jurídico a instituição de empresas estatais para a prestação de serviços assistenciais de saúde no âmbito do SUS. A decisão de acometer a prestação de serviços públicos de assistência à saúde a empresas públicas e sociedades de economia mista esbarra na natureza não econômica dos serviços públicos de saúde.

Não se descuida da existência, em nível federal, da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), cuja criação foi autorizada pela Lei nº 12.550, de 15.12.2011, nos seguintes termos:

Art. 3º A EBSERH terá por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária.

§1º As atividades de prestação de serviços de assistência à saúde de que trata o caput estarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. [...]

Art. 4º Compete à EBSERH:

I - administrar unidades hospitalares, bem como prestar serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, no âmbito do SUS;

II - prestar às instituições federais de ensino superior e a outras instituições congêneres serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, mediante as condições que forem fixadas em seu estatuto social;

III - apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa de instituições federais de ensino superior e de outras instituições congêneres, cuja vinculação com o campo da saúde pública ou com outros aspectos da sua atividade torne necessária essa cooperação, em especial na implementação das residências médica, multiprofissional e em área profissional da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS;

IV - prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas nos hospitais universitários federais e a outras instituições congêneres;

V - prestar serviços de apoio ao processo de gestão dos hospitais universitários e federais e a outras instituições congêneres, com implementação de sistema de gestão único com geração de indicadores quantitativos e qualitativos para o estabelecimento de metas; e

VI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades, nos termos do seu estatuto social.

Conforme a Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei nº 1.749, de 2011, a criação da EBSEH tornou-se à correção da grave situação de pessoal existente no âmbito dos hospitais universitários, com a eliminação da terceirização irregular de trabalhadores pela via de fundações de apoio.<sup>49</sup> Relata-se que o Tribunal de Contas da União estabeleceu, no Acórdão nº 1.520/2006 – Plenário, data para regularização da força de trabalho de vários órgãos públicos que empregavam trabalhadores terceirizados em situação ilegal – entre os quais, os hospitais universitários vinculados às instituições federais de ensino superior (IFES). Nesse contexto, o Poder Executivo, visando oferecer uma solução para a questão da força de trabalho terceirizada dos hospitais universitários, propôs que fosse autorizada a criação de uma empresa pública destinada a apoiar as atividades dos hospitais

<sup>49</sup> As fundações de apoio são entidades de direito privado criadas para auxiliar o Estado no desempenho de suas missões. Classicamente utilizadas no campo da educação (com base na Lei nº 8.958/94, alterada pela Lei nº 12.349/2010), são instituições criadas com a finalidade de dar suporte administrativo e finalístico aos projetos de pesquisa, ensino, extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, de interesse das instituições federais de ensino superior (IFES) e também das instituições de pesquisa. Sua estrutura tem sido contestada por muitos por importar tentativa de fuga ao regime de direito público: a utilização das fundações de apoio deve ser feita, como seu próprio nome diz, para dar apoio à entidade da Administração Pública e não para substituí-la em suas missões; daí porque é ilegal a prática comum de, por exemplo, utilizar fundações de apoio para contratar pessoal que atuará na entidade pública apoiada.

universitários, com o emprego de pessoal admitido por concurso público, em substituição aos terceirizados recrutados por meio das fundações de apoio às universidades.

Criada nesse contexto, a EBSEERH é, resumidamente, uma empresa pública com a finalidade de regularizar a contratação de agentes que atuam nos hospitais universitários vinculados às IFES, bem como otimizar a contratação de bens e serviços a serem utilizados em referidos nosocômios.

A análise do objeto, estrutura e atuação da EBSEERH permite perceber que a entidade possui natureza de fundação estatal e não de empresa pública. Como se viu acima, a prestação de serviços de saúde pelo Poder Público não consiste em exploração de atividade econômica ou de serviço público econômico, e sim de prestação de serviço público social, universal e gratuito. Dessa forma, não é compatível com a organização administrativa estatal, com respeito à lógica instituída pelo art. 173 da Constituição, a existência de uma empresa estatal exploradora dos serviços de assistência à saúde. Não faz sentido a criação de uma empresa estatal para a exploração de atividades das quais não advenha nenhuma receita ao Poder Público: se a entidade presta serviços gratuitos e é mantida via repasses orçamentários da Administração direta, sua estrutura deve ser fundacional.

Nesse compasso, a justificativa para a instituição da EBSEERH sob a forma de empresa estatal parece residir na inexistência de lei complementar federal delimitando as áreas de atuação das fundações estatais federais. Assim, para evitar eventuais questionamentos quanto à constitucionalidade de uma fundação estatal atuante na área da saúde, a União Federal obteve autorização para a instituição de uma empresa estatal.

Nesse contexto, para os municípios, a melhor opção para a prestação descentralizada de serviços assistenciais de saúde consiste na instituição de uma fundação estatal. Sua criação deve ocorrer pós a aprovação de lei complementar que defina as áreas passíveis de atuação das fundações estatais do município, nos termos do art. 37, XIX da Constituição Federal, por meio de lei específica que autorize o Poder Executivo a elaborar e a registrar seus atos constitutivos.

## 2.4 Consórcios públicos

Os consórcios públicos são previstos pelo art. 241 da Constituição Federal, que estabelece:



a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A principal peculiaridade dos consórcios públicos funda-se na instituição de uma pessoa jurídica autônoma para a gestão dos serviços de interesse comum dos entes federativos consorciados.

Nessa medida, a Lei Federal nº 11.107, de 6.4.2005, traz em seu regulamento a definição de consórcio público como:

pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.<sup>50</sup>

No que tange à personalidade jurídica da entidade criada com a instituição de um consórcio público, deve-se notar que esta pode ser tanto de direito público quanto de direito privado. No primeiro caso tem-se a associação pública (ente de natureza autárquica) e no segundo caso a associação privada (ente de natureza similar às fundações estatais), conforme se depreende dos seguintes dispositivos da Lei nº 11.107/05:

Art. 1º [...]

§1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. [...]

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

<sup>50</sup> Essa previsão consta do art. 2º, inc. I do Decreto Federal nº 6.017, de 17.1.2007.

§2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A diferença entre um e outro modelo de consórcio público remonta ao regime jurídico incidente sobre a entidade, que deve ser compatível com a natureza das atividades por ela desenvolvidas. Nessa medida, a instituição de um consórcio de direito público deve ocorrer, necessariamente, nos casos em que este assuma atribuições de interesse comum de seus integrantes, relacionadas ao exercício do poder de império do Estado. Nesta hipótese, o regime jurídico incidente corresponde ao regime das autarquias. Já nos casos em que as atividades a serem desenvolvidas em conjunto não envolvam o uso da força, é possível a instituição de um consórcio público de direito privado; hipótese que encontra paralelo no regime aplicável às fundações estatais.<sup>51</sup>

A instituição de um consórcio público, independentemente de sua natureza jurídica, segue o trâmite previsto na Lei nº 11.107/05, que prevê a celebração de um protocolo de intenções entre os entes federativos interessados. Tal protocolo deve conter:

- a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
- a identificação dos entes da Federação consorciados;
- a indicação da área de atuação do consórcio;
- a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;
- os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
- as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
- a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

<sup>51</sup> Nesse sentido, de acordo com o art. 6º, §2º da Lei nº 11.107/05: “No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”.

- a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;
- o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;
- as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;
- a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:
  - a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
  - b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
  - c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
  - d) as condições as quais deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
  - e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão;
- o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

Após a aprovação e ratificação do protocolo de intenções por lei de cada um dos entes federativos integrantes do consórcio público, ele passa a ter existência jurídica imediata (caso se tenha optado pela constituição de uma associação pública) ou mediante o registro de seu ato constitutivo nos termos da lei civil (caso se tenha optado pela constituição de uma associação de direito privado).

Após a constituição do consórcio público, a lei prevê a celebração de contratos de rateio entre o consórcio e cada um de seus integrantes, para a definição do repasse de recursos de cada um deles para a manutenção das atividades do consórcio. Do mesmo modo, deve ser celebrado com cada ente federativo integrante do consórcio público um contrato de programa, entendido como o instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da federação tenha para com um consórcio público.

Este tipo de entidade submete-se à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio. Além disso, com o objetivo de permitir o atendimento dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, o consórcio público deve fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da federação, na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

No que tange aos serviços de assistência à saúde, é bastante comum a gestão associada de determinados serviços por meio de consórcios públicos, os quais, pela natureza das atribuições desempenhadas, assumem a forma de associações de direito privado, cujo regime jurídico, como mencionado acima, corresponde àquele das fundações estatais.

Tal é a importância dos consórcios públicos para a saúde dos municípios, que a Lei Orgânica da Saúde (LOS), ao regular em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, dispõe expressamente a possibilidade de tal modelo de gestão em dois dispositivos diversos:

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde. [...]

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete: [...]

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

Além disso, a própria Lei nº 11.107/05, já em seu art. 1º, faz referência à prestação de serviços de saúde em observância às diretrizes do SUS:

Art. 1º [...]

§3º Os consórcios públicos, na área de saúde, deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde – SUS.

Por fim, vale ressaltar que os consórcios públicos, assim como as demais pessoas da Administração Pública direta e indireta podem – nos termos de sua lei de instituição – celebrar parcerias com a iniciativa privada para a prestação indireta dos serviços de assistência à saúde.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Sobre o tema, a Lei dos Consórcios prevê: “Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais. §1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá: I - firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; [...] §3º Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor”.



## PRESTAÇÃO PRIVADA

Além das hipóteses de prestação de serviços públicos de assistência à saúde pela Administração direta e pela Administração indireta dos municípios, incluídos os consórcios públicos, cumpre analisar as modalidades de parceria por meio das quais a iniciativa privada pode integrar o SUS em caráter complementar à prestação de serviços assistenciais. Como já analisado no Item 1.10, o Supremo Tribunal Federal, em especial no julgamento da ADI nº 1.923 e do RE nº 581.488, consolidou entendimento acerca da constitucionalidade de tais parcerias no âmbito do SUS, conforme previsto expressamente nos arts. 197 e 199, §1º da Constituição Federal.

Deve-se atentar que mesmo na hipótese de celebração de parcerias com a iniciativa privada em determinados serviços assistenciais de saúde, a gestão do sistema de saúde municipal mantém-se sob a responsabilidade do município, em regra, por meio da Secretaria Municipal de Saúde. Além disso, grande parte dos deveres estatais no setor de saúde, tais como a formulação de políticas públicas, o controle da própria atividade administrativa municipal e dos prestadores privados de assistência à saúde, as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias e a fiscalização e inspeção de alimentos, por envolverem o exercício de atividades exclusivas de Estado, não podem ser prestados pela iniciativa privada, devendo ter sua execução realizada pela Administração direta ou por entes da Administração indireta de direito público (autarquias e fundações autárquicas).

Nessa perspectiva, a discussão acerca da prestação privada de serviços públicos de saúde circunscreve-se aos serviços assistenciais, cuja execução pode ser trespassada a pessoas jurídicas privadas com as

quais o município celebre parcerias. A regulamentação dos dispositivos constitucionais que preveem a prestação privada de serviços assistenciais de saúde é dada pela Lei Orgânica da Saúde, que traz o seguinte balizamento à noção de complementariedade 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.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

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 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.

§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.

§3º (Vetado).

§4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

Conforme determinação expressa da Lei nº 8.080/90, como se percebe do excerto acima colacionado, o gestor público pode recorrer aos serviços da iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de determinada área. 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 da cobertura assistencial. Além disso, é necessário que conste da motivação do ato em questão as razões pelas quais o gestor público



optou pela celebração de uma parceria ao invés de promover a prestação diretamente pela estrutura administrativa.

Neste aspecto, o gestor público pode fazer remissão à orientação geral trazida pela Lei de Organização Administrativa Federal, veiculada pelo Decreto-Lei nº 200/67, que orienta a contratação da iniciativa privada para a execução de atividades executivas voltadas ao cumprimento de seus deveres prestacionais.<sup>53</sup> Ainda que tal dispositivo não seja voltado especificamente ao setor de saúde e tenha como destinatária a União Federal, seu conteúdo pode ser usado, em analogia, para justificar a opção pela celebração de parcerias na assistência à saúde.

De todo o modo, a motivação deve constar expressamente da decisão pela celebração de uma parceria na saúde, a qual deve ser tomada, preferencialmente, após a realização de um processo administrativo do qual possam participar e opinar representantes da sociedade civil e órgãos de controle e fiscalização. Deve-se ressaltar, contudo, que a decisão é de competência do gestor público. É ele quem possui atribuição constitucional para a tomada de decisões e é sobre ele que recairá eventual responsabilização por prejuízos eventualmente causados. A oitiva de outras instâncias envolvidas tem como objetivo reunir o máximo de informações e opiniões, que não são vinculantes, mas contribuem para a tomada da decisão administrativa mais acertada.

Nesse sentido, uma portaria do Ministério da Saúde, editada no ano de 2010, estabeleceu algumas diretrizes a serem observadas no processo de contratualização com a iniciativa privada. Com o objetivo de garantir a organização da rede de serviços e explicar a necessidade de complementaridade, tal ato normativo previa a elaboração de um “plano operativo” para os serviços a serem pactuados junto à iniciativa privada. Além disso, o ato normativo em referência estabelecia que a necessidade de complementação de serviços fosse aprovada pelo Conselho de Saúde e incorporada ao plano de saúde respectivo.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Nesse sentido, dispõe o Decreto-Lei nº 200/67: “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] §7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

<sup>54</sup> Trata-se da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.034, de 5.5.2010, que foi revogada pela Portaria nº 2.567, de 25.11.2016. O novo ato normativo não faz referência expressa ao Plano Operativo e tampouco à necessidade de aprovação pelo Conselho de Saúde.

Deve-se anotar, em qualquer hipótese, que a decisão pela celebração de parcerias na saúde possui conteúdo jurídico e deve obedecer a todas as exigências legais, mas que a escolha de tal modelo de consecução dos deveres estatais decorre de necessidades reais da população e não meramente de teses jurídicas, muitas das quais elaboradas por pessoas que não conhecem a realidade da saúde pública. Nesse caminho, vale transcrever as ponderações de Lenir Santos:

A realidade é que hoje seria impossível defender uma Administração Pública que pudesse executar serviços de forma direta, sem contar com a participação do setor privado. O problema é transformar o que deve ser complementar em principal, substituindo o Poder Público na gestão da saúde. A cooperação deve ser o elo, o elemento principalmente nas relações público-privadas; contratos e acordos devem apontar para a supremacia dos interesses sociais, públicos e coletivos. As finalidades coletivas devem motivar os serviços privados que estejam a serviço do Estado, mediante contrato. Devem gozar de suas autonomias, tendo justo retorno do capital investido sem, contudo, descurar do seu fim: atendimento dos interesses sociais, coletivos, públicos. A realidade é que o binômio Estado-sociedade, público-privado não podem mais ser vistos como coisas antagônicas; é necessário repensar esse binômio diante da realidade de que o Estado não pode prescindir do privado, da sociedade, do administrado, do cidadão como parte desse todo.<sup>55</sup>

Nesse passo, a celebração de parcerias não pode implicar a “desresponsabilização” do Poder Público, mas a adoção de um modelo de gestão mais adequado aos serviços de assistência à saúde, que continuarão sendo públicos a despeito dos prestados em parceria com o setor privado. O comprometimento do Poder Público com o resultado final de um serviço prestado em parceria deve ser reforçado por meio dos compromissos assumidos no ajuste com o agente privado e por meio da fiscalização sobre ele exercida.

No que tange ao conteúdo da participação privada na prestação dos serviços públicos de assistência à saúde, este autor já teve a oportunidade de relacionar 3 (três) 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;

<sup>55</sup> SANTOS, Lenir. Administração Pública e a gestão da saúde. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.). *Gestão pública e relação público-privada na saúde*. Rio de Janeiro: CEBES, 2010. p. 80-82.

- 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.<sup>56</sup>

No primeiro caso, pode-se dar como exemplo a contratação de serviços de apoio diagnóstico, como laboratórios e exames de imagem. No segundo caso, tem-se as 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 é representado pelos contratos de gestão e pelas parcerias público-privadas, por meio dos quais uma entidade do terceiro setor ou uma empresa privada assumem a gestão (ou gerência), precedida ou não da construção ou reforma, de uma estrutura pública de atendimento à saúde.<sup>57</sup> Esta última hipótese é a que, sem dúvidas, traz maiores discussões jurídicas, as quais serão enfrentadas adiante, quando forem tratadas as parcerias por meio de contrato de gestão e de concessão administrativa.

Deve-se ressaltar, por força de prescrição constitucional e legal prevista no art. 199, §1º da Constituição e no art. 25 da Lei nº 8.080/90, que a celebração de parcerias na saúde deve dar preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Isso significa dizer que a escolha da modelagem de parceria a ser adotada, caso se opte pela iniciativa privada com fins lucrativos, também deve ser motivada na respectiva decisão administrativa que decidir pela celebração de parcerias na saúde.

Conforme previsto no art. 26 da Lei Orgânica da Saúde, o Poder Público deve comprometer-se, quando da celebração de uma parceria na saúde, não apenas a fiscalizar a execução do objeto pactuado, mas também a garantir que o repasse de recursos seja pontual e suficiente para garantir a adequada e efetiva prestação dos serviços assistenciais pactuados. Essa previsão, denominada pelo mundo jurídico de respeito

<sup>56</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 169.

<sup>57</sup> Nos termos da NOB nº 1/96, aprovada pela Portaria GM/MS nº 2.203/96, são atribuídos significados diversos para os termos “gerência” e “gestão”. Enquanto a “gerência” é conceituada como 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.

ao “equilíbrio econômico-financeiro dos contratos”, é expressamente referida no dispositivo acima citado e tem como objetivo proteger a população usuária dos serviços contra a falta de investimentos públicos na assistência à saúde.

Em qualquer caso, como já assinalado no capítulo 1, os prestadores privados de serviços públicos de assistência à saúde, independentemente da modalidade de vínculo celebrado com o Poder Público, devem respeitar todos os princípios, diretrizes e exigências formais que incidem sobre sua atuação, em especial:

- universalidade de acesso;
- igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- gratuidade do atendimento, vedadas diferenças de classe;
- preservação da autonomia das pessoas;
- direito à informação das pessoas assistidas sobre sua saúde;
- manutenção das informações dos pacientes;
- submissão à regulação estatal, apresentação de relatórios, observância da Política Nacional de Humanização (PNH);
- manutenção de registro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES);
- submissão ao Sistema Nacional de Auditoria (SNA);
- respeito aos “princípios dos serviços públicos”.

Tais exigências conformam o regime jurídico dos serviços de assistência à saúde, que incide tanto sobre a prestação estatal, pela Administração direta ou indireta, quanto pela prestação privada, por entidades sem fins lucrativos ou com fins lucrativos.

Deve-se atentar, ainda, que a Lei nº 8.429, de 2.6.1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, foi recentemente alterada, com a inclusão de uma série de condutas relativas ao processo de escolha da entidade parceira, à fiscalização das parcerias e à liberação de recursos.<sup>58</sup> Tais condutas passaram a ser expressamente consideradas “atos de improbidade administrativa”, sujeitos às penalidades previstas na Lei nº 8.429/92. Assim, tanto os gestores públicos quanto os agentes privados envolvidos no processo devem redobrar os cuidados quanto à observância de todos os requisitos e procedimentos legais incidentes em cada hipótese de parceria.

<sup>58</sup> As alterações foram promovidas pelos arts. 77 e 78 da Lei nº 13.019/14, que alteraram a redação e incluíram dispositivos nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

### 3.1 Delimitação do objeto das parcerias na saúde

As parcerias com a iniciativa privada no âmbito do SUS são instrumentos passíveis de utilização pelo Poder Público para a consecução de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde da população por meio de serviços assistenciais. Nessa perspectiva, não são admitidas parcerias que contenham, direta ou indiretamente, o próprio exercício das funções de jurisdição, legislação, regulação, fiscalização, exercício do poder de polícia, defesa nacional e atividade diplomática. Essa previsão consta expressamente da Lei nº 11.079/04, que disciplina as parcerias público-privadas, e da Lei nº 13.019/14, que assim dispõem, respectivamente:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...]

III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.

Não restam dúvidas de que as parcerias com a iniciativa privada não podem ter como objeto o exercício de “atividades exclusivas de Estado”. No entanto, deve-se evitar a confusão entre as atividades exclusivas de Estado com outro conceito mais amplo, que corresponde às “atividades típicas de Estado”.

Atividades típicas de Estado são aquelas atividades que o Poder Público exerce em nome próprio, por força de determinação constitucional ou legal. O critério de reconhecimento de uma atividade típica de Estado consiste na atribuição normativa de competência. A atividade típica de Estado corresponde, portanto, a toda gama de tarefas a serem desempenhadas pelo Estado – tanto aquelas ligadas à noção de soberania, como a legislação e a jurisdição, a regulação da economia, a celebração de tratados internacionais, a fiscalização de estabelecimentos privados, como aquelas voltadas meramente à prestação de serviços, como saúde, transporte, telecomunicações, energia e correio postal.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Expressão similar é encontrada no Código Penal, que ao conceituar funcionário público, no §1º do art. 327, faz referência à “atividade típica” da Administração Pública.

As atividades típicas de Estado correspondem, assim, à noção de “tarefas públicas”, na qual se inserem também os serviços de assistência à saúde.

Já as atividades exclusivas de Estado possuem objeto mais restrito, abarcando apenas a parcela das atividades típicas de Estado vinculadas à ideia de soberania e não passíveis de trespasses à iniciativa privada. Esse é o sentido adotado no art. 247 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 247. As leis previstas no inciso III do §1º do art. 41 e no §7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

O texto constitucional não traz a delimitação específica ou um critério único de quais são as atividades exclusivas de Estado, ou seja, não há definição constitucional de quais são, entre as tarefas públicas, aquelas não passíveis de trespasses ao setor privado. No campo doutrinário costuma-se delimitar tais atividades a partir da reserva estatal de competências relacionadas ao uso da violência e ao poder de império. A centralização do poder político, sob a luz do princípio republicano, impõe ao Estado o monopólio do uso da força a ser exercido de modo vinculado ao alcance de seus objetivos institucionais. Nessa perspectiva, ao Poder Público incumbe privativamente o exercício da autoridade e da violência, ou, noutras palavras, o uso legítimo da força.<sup>60</sup> Costuma-se, nessa perspectiva, relacionar como atividades exclusivas de Estado:

- a atuação dos poderes Legislativo e Judiciário – vale dizer, o exercício das funções legislativas e jurisdicionais;
- o cerne do Poder Executivo, enfeixado na função de governo;
- funções relacionadas à defesa nacional, vinculadas às Forças Armadas;
- a representação diplomática;

<sup>60</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto pontua que “o que não pode ser delegado é a autoridade, o poder de impor comandos ou condutas em caráter incontestável e de exercer o monopólio da violência legítima”, sendo esse “o núcleo do poder reservado ao Estado”. Para o autor, “as atribuições indelegáveis são aquelas que decorrem direta e intrinsecamente do exercício da autoridade, do poder extroverso, do monopólio da violência legítima pelo Estado” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 379-381).

- funções relacionadas à segurança pública: polícia federal, polícia civil, polícia militar e corpo de bombeiros;
- o exercício de atividades fiscalizatórias e ordenadoras (poder de polícia administrativa e regulação econômica) por parte da Administração Pública.

Tais funções correspondem a atividades que derivam da própria soberania, atributo que diferencia o Estado de todas as demais modalidades de organização social. A soberania é entendida como um atributo do poder, que por sua vez se relaciona à capacidade de imposição da vontade estatal, de modo incontestável, dentro do limite geográfico de cada país. Do ponto de vista interno, não se reconhece poder igual ao do Estado, de modo que todos lhe são submetidos; e do ponto de vista externo, não se reconhece poder superior ao do Estado, de modo que nenhum lhe é superior. A soberania é, nessa medida, pressuposto de existência de qualquer Estado, sendo relacionado pela Constituição de 1988 como o primeiro dos fundamentos do Estado brasileiro.<sup>61</sup>

Afora essas hipóteses, todas as outras atividades, mesmo as típicas de Estado, podem ser objeto de parcerias com a iniciativa privada. A questão a ser levada em conta na decisão política pela celebração de uma parceria para a execução de uma atividade prestacional consiste na escolha da modalidade de parceria mais adequada para a referida prestação, como forma de garantir a adequada e estável execução do objeto. Afinal de contas, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal não traz determinado modelo pré-concebido de Estado, sendo constitucionalmente assegurada a celebração de parcerias a partir de decisões políticas prevalecentes no jogo democrático.<sup>62</sup>

### 3.1.1 Exigência de concurso público

É cediço que a Constituição brasileira exige que os cargos e os empregos públicos no Brasil sejam preenchidos mediante concurso público. Não obstante, é comum a alegação de que a exigência de concurso público prevista no art. 37, inc. II da Constituição Federal,<sup>63</sup>

<sup>61</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; [...]”.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

<sup>63</sup> “Art. 37. [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações

obrigaria o Estado a exercer todas as suas funções permanentes por meio de pessoas a ele vinculadas através de cargos ou de empregos públicos. Qualquer outra forma de prestação de tais serviços configuraria, nessa percepção, “terceirização ilícita”, decorrente da “contratação indireta” de servidores e de empregados públicos.

No entanto, a nova hermenêutica constitucional conduz a outra conclusão. Isso porque o mandamento constitucional acima referido não trata da criação de cargos e empregos públicos, muito menos exige sua criação para o exercício de todas as funções permanentes do Estado. De modo diverso, a exigência constitucional é de realização de concurso público para as hipóteses de provimento em cargo ou emprego público, de modo que sua aplicabilidade apenas incide na hipótese de existência de cargo ou emprego público. Nesse mote, somente em tais hipóteses (existência de cargo ou emprego público), o exercício das atividades correspondentes deve ser realizado por servidores ou empregados públicos, ocasião nas quais a investidura deve ocorrer, necessariamente, mediante concurso público.<sup>64</sup>

Esse raciocínio tem amparo no dispositivo constante do art. 61, §1º, inc. II, alínea “a” do texto constitucional.<sup>65</sup> Tal mandamento prevê a competência privativa do chefe do Poder Executivo para a criação de cargos, empregos e funções públicas. Deve-se notar que a existência de tais cargos, empregos ou funções públicas em cada setor de atuação da Administração Pública não é definida, contudo, *a priori*, pela Constituição. Nem poderia ser, sob pena de cristalização indevida do modo de agir estatal, incompatível com a necessidade de constante aprimoramento institucional no desempenho de tarefas sociais.<sup>66</sup> Não por outro motivo, o texto constitucional outorga a competência legislativa para a definição das atividades a serem desempenhas por servidores e empregados públicos a dois poderes da República: o Poder Executivo (competente para envio de projeto de lei) e o Poder Legislativo (competente para deliberação e aprovação de lei sobre o assunto).

---

para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)”.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Sobre o tema, conferir: MOTTA, Fabricio (Org.). *Concurso público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>65</sup> “Art. 61. [...] §1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”.

<sup>66</sup> Sobre o tema, conferir: CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.



Há que se ressaltar, também, que a própria Constituição exige a instituição de cargos públicos, organizados em carreiras, para um conjunto restrito de atividades de Estado. E não por coincidência, tais atividades são aquelas vinculadas diretamente ao exercício da soberania, como analisado acima. Trata-se dos representantes diplomáticos (art. 12, §3º, V da CF/88), dos membros do Poder Legislativo (arts. 45 e 54 da CF/88), do Tribunal de Contas (art. 73 da CF/88), do chefe do Poder Executivo e ministros de Estado (arts. 76 e 87 da CF/88), dos membros do Poder Judiciário (art. 93, I da CF/88), dos membros do Ministério Público (art. 128, §5º da CF/88), dos advogados públicos (arts. 131 e 132 da CF/88), dos defensores públicos (art. 134, §1º da CF/88), dos membros das forças armadas (art. 142 da CF/88) e da segurança pública (art. 144 da CF/88).

Afora essas carreiras, o quadro de pessoal da Administração Pública é definido por meio de lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo, no exercício de sua atividade de governo. Tal atividade envolve também a própria organização administrativa, no que tange à instituição e extinção de órgãos e entidades estatais voltadas ao exercício da função administrativa.<sup>67</sup> É bastante incisiva a Constituição brasileira, portanto, ao delimitar a esfera de competência legislativa para a definição da estrutura administrativa e do quadro próprio de pessoal da Administração Pública, sendo que a exigência de concurso público é consequência, e não pressuposto, dessa definição.

Nesse quadro, resta evidenciado que a Constituição de 1988 não adotou um modelo único e estatizante de estrutura administrativa voltada à satisfação de necessidades sociais que não envolvam o exercício do poder soberano do Estado. Pelo contrário, outorgou competência para dois poderes da República tomarem essa decisão, por meio de lei, conforme a circunstância social, econômica e política.

Isso não significa, contudo, que não haja parâmetros jurídicos a serem observados quando da celebração das parcerias na saúde. O primeiro deles decorre do princípio da eficiência, que deve pautar toda a conduta administrativa. Conforme já mencionado, a decisão pela celebração de parcerias deve ser motivada e, sempre que possível, vir acompanhada de estudos técnicos, como o *Value for Money*,<sup>68</sup> que

<sup>67</sup> Art. 61, §1º, II, "b" e "e" da CF/88.

<sup>68</sup> *Value for Money (VfM)* pode ser entendido como uma técnica por meio da qual são realizados estudos acerca das vantagens e da sustentabilidade de determinada opção econômica. O uso do modelo é previsto nos arts. 4º e 10 da Lei nº 11.079/04, que trata das parcerias público-privadas.

tragam a comparação entre a prestação de determinada atividade pela estrutura estatal com sua prestação em parceria com a iniciativa privada.

O limite trazido às parcerias na saúde pela exigência de concurso público restringe-se, portanto, à existência de cargos e empregos previstos em lei e vagos para o exercício daquelas atribuições. Assim, apenas nos casos em que existam cargos, empregos ou funções públicas, devidamente previstos em lei, para o exercício de atividades idênticas àquelas da parceria, é que se torna imprescindível a realização de concurso público. Nessa hipótese, apenas são admitidas parcerias após a extinção de tais cargos, empregos ou função vagos ou por força de disposição legal expressa.<sup>69</sup>

### 3.1.2 Burla à legislação trabalhista

As parcerias na saúde não podem configurar mera interposição de mão de obra. O objeto das parcerias refere-se a um projeto ou uma atividade autônoma e não subordinada à atuação estatal. Não pode haver, nessa medida, qualquer vínculo hierárquico entre o pessoal envolvido na execução do objeto de uma parceria e o corpo de pessoal da Administração Pública, que exerce atividade de fiscalização e controle da avença nos termos do plano de trabalho acordado.

Nesse sentido, deve-se atentar que as parcerias não geram relações de emprego entre o pessoal da entidade privada e a Administração Pública. A Lei nº 13.019/14, por exemplo, traz disposição específica sobre o tema: ao permitir o uso de recursos públicos para o pagamento de pessoal da entidade privada parceira, o §3º do art. 46 da lei aduz expressamente que “o pagamento de remuneração da equipe contratada pela organização da sociedade civil com recursos da parceria não gera vínculo trabalhista com o poder público”.

O vínculo trabalhista envolve, conforme prevê o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, a prestação de serviços caracterizada pela pessoalidade, habitualidade, subordinação e dependência econômica. Nesse passo, o objeto da parceria deve guardar autonomia em relação à atuação estatal, inexistindo subordinação hierárquica entre o corpo de pessoal da entidade e os representantes do Poder Público.

<sup>69</sup> Nessa trilha, o §2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97, que trata especificamente da terceirização na Administração Pública federal, dispõe que “não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

Os deveres da entidade parceira devem constar do plano de trabalho, o qual deve ser fiscalizado pelo Poder Público, mas sem ingerência direta da Administração Pública sobre o pessoal envolvido na execução da avença, sob pena de configuração de vínculo empregatício entre o trabalhador e a Administração Pública.

Essa discussão é bastante comum, especialmente nos casos de contratos de gestão em que a prestação de serviços ocorre em estruturas públicas. Em tais hipóteses, a descrição do objeto da avença e o procedimento para sua fiscalização devem constar de modo detalhado no plano de trabalho, a fim de que não haja subordinação direta do quadro de pessoal da entidade ao Poder Público contratante, afastando-se, assim, a configuração de relação de emprego perante a Administração Pública.

### 3.1.3 Atividades econômicas acessórias

Deve-se atentar, por fim, que o objeto de uma parceria na saúde pode envolver a construção de uma obra, a reforma de um edifício, a execução de serviços diversos, a compra e a venda de bens. Para tanto, é imprescindível que tais ações: (i) sejam necessárias, instrumentais e acessórias à realização do objeto ajustado; e (ii) estejam especificadas e sejam executadas conforme o plano de trabalho.

Deve-se perceber, nessa medida, que grande parte dos serviços de assistência à saúde prestados por meio de parcerias com a iniciativa privada depende de estrutura física e de equipamentos específicos para sua execução, os quais podem constar como elementos acessórios nos planos de trabalho das parcerias. Além disso, no caso das parcerias público-privadas, a construção, a reforma e a aquisição de equipamentos podem constituir, ao lado da operação dos serviços, objeto principal da avença.

## 3.2 Entidades filantrópicas e sem fins lucrativos

As parcerias na saúde devem ser celebradas preferencialmente com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, conforme previsão expressa da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Saúde, que assim prescrevem, respectivamente:

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.

Art. 25. [...] as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

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 à concretização de ajuda ao outro.

Durante algum tempo, a União Federal concedia uma qualificação 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. Essa qualificação era denominada 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 beneficentes de assistência social.<sup>70</sup> A denominação é prevista pela Lei nº 12.101, de 27.11.2009, 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 reinvestido na manutenção e expansão de suas atividades finalísticas.

<sup>70</sup> 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 nº 2.187-13, de 2001.

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. Mas além da forma jurídica adequada, 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 nº 9.532, de 10.12.1997, que define entidade sem fins lucrativos, para fins tributários, nos seguintes termos:

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 nº 9.790, de 23.3.1999, que disciplina a qualificação de Oscip, e pelo art. 2º, I, “a” da Lei nº 13.019, de 31.7.2014, que trata das organizações da sociedade civil (OSCs). Pode-se concluir, assim, que as entidades sem fins lucrativos aptas a prestar serviços de assistência à saúde são as associações e as fundações que obedeçam aos requisitos legais acima referidos.

Deve-se notar, nessa medida, que, dentro do universo das entidades sem fins lucrativos, aquelas que cumprirem os requisitos previstos pela Lei nº 12.101/09 poderão obter o reconhecimento formal de sua natureza filantrópica, o que ocorre por meio da concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social.

Tanto as entidades filantrópicas quanto as entidades sem fins lucrativos se inserem em um grupo de entidades integrantes do assim denominado “terceiro setor”. Como já conceituado por este autor, terceiro setor 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”.<sup>71</sup> As entidades

<sup>71</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo H. Justino (Coord.).

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.<sup>72</sup>

Ainda que a Constituição Federal faça referência genérica aos “contratos de direito público” e aos “convênios”, como os vínculos a serem firmados com o setor privado para a prestação complementar de serviços de assistência à saúde, desde a promulgação do texto constitucional foram criados modelos específicos de ajuste, que podem ser reconduzidos à noção de “convênio” prevista no texto constitucional. Assim, entre as modalidades de parceria do Estado com o terceiro setor na saúde, pode-se assinalar:

- os convênios com ONGs, disciplinados em âmbito federal pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93 e pelo Decreto nº 6.170/07;
- os contratos de gestão com organizações sociais, disciplinados pela Lei nº 9.637/98;
- os termos de parceria com Oscips, disciplinados pela Lei nº 9.790/99;
- os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação com organizações da sociedade civil (OSCs), disciplinados pela Lei nº 13.019/14.

A aptidão de cada um deles para instrumentalizar parcerias na saúde será analisada nos itens abaixo.

### 3.2.1 Convênios

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 ao benefício 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. Veja-se que, aqui,

---

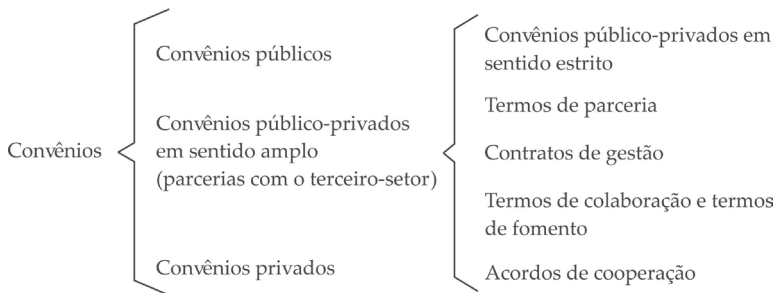
*Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado.* Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163-194.

<sup>72</sup> 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.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 142-152.

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 “convênios públicos” para o primeiro caso, “convênios privados” para o segundo, e “convênios público-privados” para o terceiro caso.

Deve-se notar, ainda, que a teoria jurídica brasileira adota duas acepções aos convênios público-privados. Em sentido amplo, trata-se de uma categoria jurídica da qual fazem parte todas as modalidades de parceria com o terceiro setor, existentes hoje no Brasil. Já em sentido estrito, trata-se de uma das diversas modalidades de parceria com o terceiro setor previstas na legislação pátria, disciplinada especificamente pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93.

Em termos esquemáticos, o quadro geral dos convênios pode ser visualizado pelo seguinte quadro:



O presente tópico tem como objeto a análise dos convênios público-privados em sentido estrito.

### 3.2.1.1 Histórico

Os convênios foram originalmente previstos no direito brasileiro como modalidade de vínculo firmado para a execução conjunta de atividades de competência comum de duas ou mais entidades estatais. Já os convênios público-privados surgiram da extensão normativa dos convênios públicos, que passaram a disciplinar também o ajuste com entidades do terceiro setor. Isso ocorreu a partir de meados do século XX,

quando o Estado brasileiro passou a celebrar ajustes para disciplinar o fomento estatal a entidades privadas prestadoras de serviços de interesse público.<sup>73</sup>

O exemplo dessa transformação pode ser ilustrado pela Lei nº 2.312, de 3.9.1954, que fazia referência à celebração de convênios como mecanismo de descentralização de competência entre entidades estatais no setor de saúde. Ampliando o alcance original da lei, o Decreto nº 49.974-A, de 21.1.1961, previu a possibilidade da celebração de convênios também com entidades do terceiro setor, como instrumento para a subvenção de entidades privadas atuantes na área da saúde. Assim, além da soma de esforços entre entidades estatais, os convênios passaram a servir como mecanismo de fomento, por meio do repasse de recursos públicos, ao desenvolvimento de atividades privadas de interesse público.

No âmbito normativo, os convênios foram tratados pelo Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967, que disciplina até hoje a organização administrativa da União; e, pelo Decreto Federal nº 93.872, de 23.12.1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional. Já em sede constitucional, são encontradas referências aos convênios públicos em diversos artigos da Constituição de 1967, da Constituição de 1969 e da Constituição Federal de 1988. Já os convênios público-privados são tratados especificamente em uma única previsão constitucional, contida no já mencionado §1º do art. 199 da Constituição Federal.

Na ordem instituída após a Constituição de 1988, a normatização dos convênios foi dada pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93, que estabeleceu uma série de exigências para sua celebração, execução e fiscalização. Tal ato normativo disciplina de modo conjunto os convênios públicos e os convênios público-privados.

Recentemente, os convênios público-privados tiveram seu âmbito de incidência bastante restringido, por força da Lei nº 13.019, de 31.7.2014. Tal lei limitou a celebração de convênios público-privados 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.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> A origem dos convênios público-privados pode ser encontrada no Decreto nº 29.425, de 2.4.1951, e na Lei nº 1.493, de 13.12.1951, que regulamentaram outorga de subvenção ou contribuição a entidades privadas.

<sup>74</sup> Essas duas novas modalidades de vínculo serão estudadas em tópico subsequente.



### 3.2.1.2 Cabimento dos convênios na assistência à saúde

Atualmente, apenas podem ser celebrados convênios entre os municípios e entidades do terceiro setor que tenham como objeto a prestação complementar de serviços públicos de saúde no âmbito do SUS, conforme preveem o art. 84, parágrafo único, inc. II e art. 3º, inc. IV da Lei nº 13.019/14.

De acordo com o Decreto nº 6.170, de 25.7.2007, que regulamenta o tema na esfera federal, o convênio é entendido como:

Art. 1º [...]

§1º [...]

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Nessa perspectiva, é possível a celebração de convênios pelo município 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.

### 3.2.1.3 Entidades aptas a celebrar convênios

Convênios com entidades privadas de assistência à saúde podem ser celebrados com entidades sem fins lucrativos, detentoras ou não

do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas). Não há, assim, na legislação federal, exigência legal específica acerca de eventuais certificações a serem detidas pelas entidades do terceiro setor como condição para a celebração de convênios. É possível, contudo, que a legislação de cada município preveja requisitos específicos para tanto, desde que vinculados ao objeto do ajuste.

Na esfera federal, o Decreto nº 6.170/07, em seu art. 6º, traz algumas hipóteses que implicam vedação à celebração de convênios, tais como:

- entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigente agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau;
- entidades privadas sem fins lucrativos que não comprovem ter desenvolvido, durante os últimos três anos, atividades referentes à matéria objeto do convênio ou contrato de repasse;
- entidades privadas sem fins lucrativos que tenham, em suas relações anteriores com a União, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas:
  - a) omissão no dever de prestar contas;
  - b) descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria;
  - c) desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos;
  - d) ocorrência de dano ao Erário; ou
  - e) prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.

Além disso, também impede a celebração de convênios a aplicação das sanções administrativas previstas nos incs. III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública).

### 3.2.1.4 Disciplina jurídica

Como já assinalado, os convênios público-privados em sentido estrito encontram-se disciplinados pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo Decreto nº 6.170, de 25.7.2007.

Ao contrário do *caput* do art. 116 da Lei nº 8.666/93, que indica a possibilidade de aplicação geral da Lei nº 8.666/93 aos convênios e demais ajustes com o terceiro setor, os diversos parágrafos e incisos do mesmo artigo disciplinam específica e exclusivamente a celebração, execução e prestação de contas dos convênios.

A disciplina legal do tema é, portanto, bastante sintética. Enquanto as outras modalidades de parceria com o terceiro setor possuem uma lei própria, os convênios público-privados possuem disciplina legal oferecida exclusivamente pelos parágrafos e incisos do art. 116 da Lei nº 8.666/93. A necessária integração normativa dos convênios público-privados em sentido estrito foi dada pelo Decreto nº 6.170, de 25.7.2007, que tratou do tema de modo bastante detalhado, prevendo também uma variante do convênio, denominado contrato de repasse.<sup>75</sup>

O art. 116 da Lei nº 8.666/93 prevê que a celebração do convênio é condicionada à aprovação prévia de um plano de trabalho a ser apresentado pela organização interessada. Conforme o §1º do artigo citado, tal documento deve conter as seguintes informações:

Art. 116. [...]

§1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- I - identificação do objeto a ser executado;
- II - metas a serem atingidas;
- III - etapas ou fases de execução;
- IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;
- V - cronograma de desembolso;
- VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;
- VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

<sup>75</sup> Além de disciplinar os convênios, o Decreto nº 6.170/07 faz também referência a outro ajuste. Trata-se do “contrato de repasse”, que nada mais é do que um convênio em que “a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União”.

Como se percebe, o plano de trabalho é o documento que pauta tanto a execução do objeto de um convênio quanto sua fiscalização pelos órgãos de controle.

O Decreto Federal nº 6.170/07 regulamenta os convênios. Entre os requisitos a serem observados no processo de celebração, acompanhamento e prestação de contas dos convênios público-privados, podem ser destacados:

- cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV);
- realização de chamamento público prévio à escolha da entidade parceira;
- abertura de conta bancária específica para recebimento e movimentação de recursos;
- prestação concomitante de contas, durante a execução da avença;
- possibilidade de remuneração da equipe dimensionada no plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da entidade, podendo contemplar despesas com pagamentos de tributos, FGTS, férias e décimo terceiro salário proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais;
- exigência de processo seletivo para a contratação de pessoal pela entidade conveniente.

O controle e fiscalização da aplicação dos recursos públicos repassados a entidades privadas nos convênios são prévios, concomitantes e posteriores. Isso porque eles se iniciam antes da celebração do ajuste, ocorrem durante toda a execução do objeto e somente terminam após a aprovação das contas apresentadas pela entidade, quando da extinção do convênio.

O controle prévio tem início com a elaboração do edital de chamamento público e a exigência de requisitos que demonstrem a capacidade da entidade de cumprir adequadamente o objeto. Nesse momento, a análise do plano de trabalho, com a descrição exaustiva de todos os aspectos materiais, formais e temporais de execução do ajuste é essencial como mecanismo de controle das atividades a serem desempenhadas. A execução do objeto conveniado ocorre nos termos do plano de trabalho, sendo que cada repasse de recursos, conforme previsto no plano de aplicação, é liberado após a aprovação pelo Poder Público das atividades realizadas até o momento. A prestação de contas nos convênios acontece, portanto, durante toda a execução da avença

e apenas chega ao fim com a aprovação final das contas pelo Poder Público parceiro.<sup>76</sup>

A prestação final de contas encontra-se disciplinada na esfera federal pela Portaria Interministerial nº 507, de 24.11.2011, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Fazenda e da Controladoria-Geral da União. A documentação apresentada pela entidade parceira deve ser analisada no prazo de um ano pelo Poder Público conveniente, o qual, nos termos do art. 10, §10, do Decreto nº 6.170/07, poderá decidir pela:

- I - aprovação;
- II - aprovação com ressalvas, quando evidenciada impropriedade ou outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário; ou
- III - rejeição com a determinação da imediata instauração de tomada de contas especial.

Havendo irregularidades, a entidade pública parceira deverá promover a responsabilização dos envolvidos e a tomada de medidas necessárias ao ressarcimento de eventuais prejuízos causados ao Poder Público. Caso não sejam tomadas tais medidas, o Tribunal de Contas tem competência para, em tomada de contas por ele instaurada, apurar a responsabilidade de todos os envolvidos, inclusive dos representantes do Poder Público que deixaram de cumprir com seus deveres de fiscalização e que, eventualmente, beneficiaram-se da conduta que tenha lesado o patrimônio público.

### 3.2.1.5 Exigência de licitação

No caso de convênios público-privados em que seja possível, em tese, a competição entre entidades privadas que tenham capacidade equivalente de realizar o objeto a ser executado em regime de comunhão de esforços, não sendo possível ao município celebrar convênio com todos os interessados, é imprescindível a realização de um processo de seleção.

<sup>76</sup> Nesse sentido, o processo de prestação de contas é definido pelo Decreto nº 6.170/07 como o “procedimento de acompanhamento sistemático que conterà elementos que permitam verificar, sob os aspectos técnicos e financeiros, a execução integral do objeto dos convênios e dos contratos de repasse e o alcance dos resultados previstos”.

Esse processo de seleção não encontra fundamento em disposição constitucional específica, mas nos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência. Considerando a diversidade de fundamento constitucional imediato e levando em conta que os critérios para a seleção de uma entidade privada parceira são diversos daqueles previstos para um contrato administrativo ou para uma parceria público-privada, deve-se ter claro que não são aplicáveis aos convênios os procedimentos contidos nas leis de licitações.

Seguindo esse entendimento, a disciplina federal dos convênios público-privados em sentido estrito foi alterada pelo Decreto nº 7.568/11 (que deu nova redação ao Decreto nº 6.170/07). Atualmente, a disciplina jurídica dos convênios exige de modo expresso a realização de um processo administrativo denominado “chamamento público”, que apresenta uma série de requisitos para a escolha da entidade parceira:

Art. 4º A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público<sup>77</sup> a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

§1º Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.

§2º O Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade da administração pública federal poderá, mediante decisão fundamentada, excepcionar a exigência prevista no caput nas seguintes situações:

I - nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento;

II - para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou,

III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.

<sup>77</sup> Sobre o procedimento de “chamamento público”, conferir: MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Chamamento público para parcerias sociais: comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, p. 453-473, 2016.

Art. 5º O chamamento público deverá estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio.

Deve-se atentar, a propósito dessa análise, que em todas as modalidades de parceria, havendo a possibilidade, em tese, de competição entre entidades do terceiro setor, é importante a realização de um processo formal e público de seleção da entidade parceira. A denominação de tal processo pode variar, conforme a regulamentação do tema em cada lei ou ato normativo, sendo comumente encontradas denominações como “chamamento público” (como faz o Decreto nº 6.170/07), “concurso de projetos” e “processo seletivo público”.

### 3.2.1.6 Providências para a celebração de convênios pelos municípios

A Lei Federal nº 8.666/93 traz as normas gerais sobre licitações, contratos administrativos e convênios, as quais devem ser observadas por todos os entes federativos. Entretanto, nada impede que os municípios, no exercício de sua competência suplementar, editem leis próprias sobre o tema, contendo questões específicas a serem seguidas no referido âmbito federativo.

Deve-se assinalar, nesse ponto, que nas matérias em que a União possui competência para legislar sobre “normas gerais”, cabe ao município o exercício da “competência suplementar”. Tal competência manifesta-se sob duas variantes: (i) a “competência supletiva”, que é exercida nos casos em que a União ainda não tenha editado a norma geral de sua competência; e (ii) a “competência complementar”, que é exercida quando já foi editada a norma geral pela União. Observa-se que enquanto a competência supletiva pode tratar exaustivamente do tema, a competência complementar deve ater-se a especificidades não tratadas pela lei federal já instituída. No caso dos convênios (bem como das demais modalidades de parceria na saúde), já há lei federal que prevê as normas gerais de cada ajuste, razão pela qual a competência municipal é complementar, estando condicionada aos ditames de cada lei federal sobre o tema.

Em todos os casos, a decisão pela celebração de um convênio deve ser motivada e havendo possibilidade de competição entre entidades interessadas, por força dos princípios da impessoalidade, isonomia, moralidade e eficiência, é necessário realizar o chamamento público,

como acima assinalado. Não há exigência, contudo, de autorização legislativa específica para a celebração de convênios, conforme entendimento já consolidado nos tribunais.

### 3.2.1.7 Questões controvertidas

Entre as questões controvertidas acerca dos convênios, deve-se assinalar primeiramente a delimitação de seu âmbito de aplicação após a entrada em vigência da Lei nº 13.019/14. Dada à novidade do tema, ainda não foi consolidado o entendimento acerca da possibilidade de firmamento do ajuste para despesas de capital, como a compra de equipamentos e a reforma de prédios de entidades privadas que prestam serviços ao SUS. O entendimento que se defende, em razão da amplitude do objeto dos convênios e a gama de atividades de assistência à saúde prestadas por entes privados, que muitas vezes envolvem o uso de instalações e equipamentos de alto custo, vai ao encontro de sua possibilidade. Afinal, a única delimitação legal, dentro do objeto dos convênios, refere-se à sua celebração como forma de concretizar a participação privada no SUS.

Nesse passo, sendo o convênio uma modalidade de vínculo marcada pela soma de esforços voltada à consecução de um objetivo comum, parece claro que a responsabilidade do Poder Público em um convênio na saúde possa consistir no repasse de recursos para a aquisição de um equipamento a ser utilizado na prestação de serviços de assistência à saúde. Se assim for, a entidade privada deve assumir a responsabilidade de oferecer a infraestrutura necessária, bem como de operar o equipamento, por meio do emprego de toda a estrutura física e humana necessária para a efetiva oferta de atendimento à população, segundo metas de atendimento estabelecidas no plano de trabalho. O objeto do convênio, nessa hipótese, consiste na prestação de serviços de assistência à saúde, cuja execução decorre da soma de esforços materiais complementares dirigidos a essa finalidade. Em que pese à simplicidade deste raciocínio, o tema é controvertido, em especial pela novidade do dispositivo legal que restringiu a aplicabilidade dos convênios na saúde.

Outra questão controvertida sobre o tema refere-se à precariedade do vínculo estabelecido por meio dos convênios, com possibilidade de sua denúncia a qualquer tempo. Isso porque, sendo seu objeto um serviço público essencial à população, não pode ser admitida a cláusula



que permita sua denúncia a qualquer tempo.<sup>78</sup> Tanto o município quanto a entidade privada que celebra um convênio no setor de saúde precisam assumir compromisso quanto à efetiva realização do objeto pactuado, nos termos do plano de trabalho, conforme prazo e recursos previamente estabelecidos. Nessa medida, é conveniente para a garantia do atendimento à população que a legislação municipal ou o instrumento de ajuste tragam previsão expressa de que eventual denúncia deve ser informada em prazo suficiente para que o outro polo da avença tenha condições de adotar medidas necessárias à não interrupção da oferta de serviços aos cidadãos.

### 3.2.2 Contratos de gestão com organizações sociais

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 nº 9.637, de 15.5.1998.

Não se deve confundir, contudo, o contrato de gestão aqui tratado, com o “contrato” previsto pelo §8º do art. 37 da Constituição Federal, também denominado por algumas leis de “contrato de gestão”.<sup>79</sup> Há alguma similaridade entre ambos, todavia o contrato previsto na Constituição Federal corresponde ao vínculo firmado no âmbito interno da Administração Pública, sendo celebrado entre órgãos ou entidades de natureza estatal. Deste modo, sua função é disciplinar a própria estrutura organizacional do Poder Público, com escopo de

<sup>78</sup> Essa previsão costuma ser repetida pela doutrina clássica sobre o tema e consta expressamente do Decreto Federal nº 6.170/07, que assim prescreve: “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”.

<sup>79</sup> “Art. 37. [...] §8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal”.

coordenar o desempenho das competências por ele exercidas. Por meio do contrato previsto no art. 37, §8º da Constituição Federal, um dos polos tem sua autonomia de gestão ampliada em troca da estipulação de metas objetivas de desempenho, de padrões de governança e de critérios finalísticos de controle e avaliação. Por esse motivo, levando em conta a função prática do ajuste, relacionada à flexibilização das limitações incidentes sobre o desempenho das atividades objeto do contrato, com ampliação de sua autonomia de ação, doutrinadores como Paulo Modesto sugerem o uso da expressão “contrato de autonomia” para designar todos os modelos de ajuste celebrados nos termos do art. 37, §8º da Constituição Federal.<sup>80</sup>

### 3.2.2.1 Histórico

A origem dos contratos de gestão remonta ao processo de reforma do Estado ocorrido em diversos locais do globo a partir do último quartel do século passado, com o objetivo de adequar a estrutura administrativa estatal aos deveres assumidos pelo Poder Público, sobretudo, a partir da década de 1950. No âmbito social, o objetivo geral das reformas foi o de readequar o Estado-aparato às demandas trazidas pela constitucionalização dos direitos fundamentais dependentes de prestações estatais, ocorrida algumas décadas antes.

As reformas sobre as estruturas voltadas à prestação de serviços estatais foram levadas a cabo por Estados-nação com realidades bastante diferentes. Isso porque a crise atingiu tanto Estados em que já havia sido criada uma estrutura estatal de proteção e desenvolvimento social quanto em Estados, como o Brasil, em que a estrutura estatal de serviços sociais era bastante deficitária.<sup>81</sup> Nos dois casos, o processo de reforma

<sup>80</sup> MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova Lei de Organização Administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 113-169. A denominação contrato de autonomia é adotada no anteprojeto de lei de organização administrativa elaborado por um grupo de juristas no ano de 2009 e tratado na obra referida.

<sup>81</sup> Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho infere que o contrato de gestão com organizações sociais “aparece, nessa óptica, como instrumento voltado à redefinição do modo de intervenção na esfera social, permitindo não só o alcance de maior eficiência na prestação dos serviços sociais, mas também da ampliação do espaço de participação popular na consecução de atividades que sejam relevantes ao interesse público” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O regime jurídico das organizações sociais e a sua contratação pelo Poder Público mediante dispensa de licitação. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 254).

teve como objetivo a adoção de modelos de gestão mais adequados a oferecer respostas às demandas sociais, seja para tornar a gestão pública mais racional e eficiente, seja para ampliar a cobertura e cumprir os ditames constitucionais.

No contexto brasileiro foi criado o Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – Mare, órgão vinculado à Presidência da República que elaborou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Esse plano partiu de um modelo conceitual baseado na distinção de quatro núcleos específicos de ação estatal, conforme a natureza de suas atividades:

**NÚCLEO ESTRATÉGICO**, que corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e ao Poder Executivo. Trata-se do governo, em sentido amplo. É no núcleo estratégico que as leis e as políticas públicas são definidas e seu cumprimento é cobrado. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas.

**ATIVIDADES EXCLUSIVAS**, setor no qual são prestados serviços que só o Estado pode realizar, ou seja, aqueles em que se exerce o poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar.

**SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS** corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado, mas este se faz presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem economias externas relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços pela via do mercado. São exemplos desse setor as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

**PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO** corresponde à área de atuação das empresas estatais do segmento produtivo ou do mercado financeiro. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado, como, por exemplo, as do setor de infraestrutura.

Para cada núcleo de atividades foi definido o modelo mais adequado de estrutura e de gestão, nos seguintes termos: (i) o “núcleo estratégico” deve ser submetido à “gestão pública-estatal e burocrática”; (ii) o “núcleo de atividades exclusivas de Estado” deve ser submetido à “gestão pública-estatal e gerencial”; (iii) o “núcleo de atividades não exclusivas de Estado” deve ser submetido à “gestão pública não estatal e gerencial”; e (iv) o “núcleo de produção de bens para o mercado” deve ser submetido à “gestão privada e gerencial”.

A partir dessa leitura, ocorreu no Brasil uma série de mudanças institucionais e organizacionais, as quais se materializaram por meio de emendas constitucionais, leis e atos administrativos. Como exemplos emblemáticos dessas transformações é possível mencionar: (i) a positivação da eficiência como princípio constitucional da Administração Pública; (ii) a instituição de uma série de agências reguladoras setoriais; (iii) a abertura a agentes privados de uma série de setores da economia até então explorados pelo Estado em regime de monopólio; (iv) a criação das organizações sociais; e (v) a venda de empresas estatais.

A instituição dos contratos de gestão com “organizações sociais” insere-se nesse quadro. Como visto, o “núcleo dos serviços não exclusivos do Estado” é formado por aquelas atividades de natureza social tradicionalmente prestadas por entes estatais, mas também desenvolvidas pela iniciativa privada com fins lucrativos e sem fins lucrativos. Para esse grupo de atividades, a proposta de reforma partiu da premissa de que a modalidade mais adequada de gestão é aquela realizada pelo “setor público não estatal”.

Assim, pode-se dizer que o primeiro fundamento para a adoção dos contratos de gestão refere-se à necessidade de aproveitamento da capacidade gerencial privada, e que o segundo fundamento diz respeito à necessidade de introdução de um marco legal que garantisse segurança jurídica a esse novo modelo de ajuste. Daí o surgimento do contrato de gestão como uma espécie de parceria disciplinada em lei específica, que define critérios próprios para celebração, execução e controle das atividades públicas gerenciadas por entidades privadas, com foco na maximização dos resultados.

### 3.2.2.2 Cabimento dos contratos de gestão na assistência à saúde

No âmbito da saúde, o contrato de gestão instrumentaliza a atribuição da gestão de serviços de assistência à saúde prestada em estruturas estatais a 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. Assim, ordinariamente, 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 de gerenciar uma unidade de saúde própria.

Diante disso, o objeto da avença é executado mediante o uso de bens públicos e, possivelmente, de servidores públicos, os quais podem ser cedidos pelo Poder Público à organização social parceira. Daí o contrato de gestão ser entendido como uma técnica de gestão pública por intermédio da qual o Poder Público se vale da capacidade gerencial de entidades privadas sem fins lucrativos para alcançar melhores resultados na produção de serviços públicos sociais, como a assistência à saúde. Deve-se notar que a lei federal prevê que os bens públicos envolvidos na execução da avença (tanto aqueles cedidos quanto aqueles adquiridos com recursos públicos) não perdem a qualificação de “públicos” durante o prazo contratual, sendo revertidos ao Poder Público ao término do contrato de gestão. Do mesmo modo, a cessão de servidores públicos é temporária, sem extinção de seu vínculo com o ente estatal.

Atentando-se a essas peculiaridades, pode-se concluir que o contrato de gestão com organizações sociais afigura-se como viável para a gerência de determinadas estruturas de saúde municipais voltadas ao atendimento da população, tais como unidades básicas de saúde, unidades de pronto atendimento, hospitais e serviços de atendimento móvel de urgência.

### 3.2.2.3 Entidades aptas a celebrar contratos de gestão

Apenas podem celebrar contrato de gestão as entidades do terceiro setor qualificadas pelo Poder Público contratante como organizações sociais. Nesse passo, a Lei Federal nº 9.637/98 dispõe que o Poder Executivo da União pode qualificar como organizações sociais, mediante critérios objetivos e transparentes, as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Nesse sentido, dispõe o art. 1º da lei em referência:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Deve-se atentar, nessa medida, que o título de organização social deve ser previsto pela lei do respectivo ente federativo, a qual especificará uma série de exigências para sua concessão às entidades do terceiro setor. No caso da Lei Federal nº 9.637/98, podem-se elencar os seguintes requisitos, que devem constar do estatuto da entidade a ser qualificada:

Art. 2º [...]

I - [...]

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um Conselho de Administração e uma Diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no Conselho de Administração, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral, em percentual mínimo definido pela própria lei;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) obrigatoriedade de respeitar os princípios da Administração Pública, dentre os quais o da publicidade e impessoalidade, mediante publicação de regulamento interno que conduzirá a contratação de pessoas, bens e serviços pela entidade.

Deve-se notar que as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, instituídas sob a forma de associação ou de fundação, podem obter a qualificação de organização social. Tal qualificação tem como consequência habilitar a entidade a celebrar contrato de gestão com o ente federativo que realizou a qualificação. Assim, é possível uma mesma entidade ser qualificada com organização social por diversos estados e municípios, com os quais tal entidade poderá celebrar contratos de gestão.

Do mesmo modo, como referido, é possível que uma entidade filantrópica que possui um hospital próprio em determinado município busque a qualificação de organização social para tornar-se apta a, além de gerir sua própria estrutura, gerir estruturas estatais a serem trespasadas para a gestão privada. Esse é o caso de grandes hospitais filantrópicos que possuem unidades próprias e gerenciam outras unidades públicas por meio de contratos de gestão.

Ressalte-se que no âmbito municipal deve ser aprovada uma lei específica sobre contratos de gestão com organizações sociais, a qual deve regulamentar o tema na respectiva esfera federativa, com observância às normas gerais contidas na Lei Federal nº 9.637/98. É importante destacar, nesse ponto, que a regulamentação sobre a hipótese de permissão de bens públicos e de cessão especial de servidores públicos para as organizações sociais deve constar expressamente na legislação municipal.

#### 3.2.2.4 Disciplina jurídica

Os contratos de gestão são disciplinados pela Lei Federal nº 9.637/98. Trata-se de uma lei nacional que traz as normas gerais de tal modalidade de contratação, nos termos do art. 22, inc. XXVII da Constituição Federal. Considerando que o contrato de gestão configura modalidade de gestão de estruturas estatais, prevalece o entendimento de que cada ente federativo interessado em adotar tal mecanismo, por força do princípio da autonomia federativa, deve editar sua própria lei de organizações sociais. Não obstante, a legislação local deve respeitar a estrutura normativa trazida pela lei nacional.

Além de prever os requisitos e o procedimento para a qualificação das entidades do terceiro setor como organizações sociais, a Lei nº 9.637/98 define o contrato de gestão nos seguintes termos:

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 [ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde].

O contrato de gestão deve conter atribuições, responsabilidades e obrigações tanto da organização social quanto do Poder Público

parceiro. Trata-se de exigência expressa, constante do art. 6º da Lei nº 9.637/98 e própria de todos os instrumentos contratuais, que por sua natureza disciplinam a relação entre dois ou mais polos que objetivam o alcance de um interesse previamente definido.

Por ter como objeto atividades de alta relevância social, os contratos de gestão devem prever cláusulas que reforcem o comprometimento de ambas as partes no atingimento do objeto pactuado, bem como a estabilidade e a continuidade das prestações envolvidas no pacto. O conteúdo de tais cláusulas define o regime jurídico a ser observado na execução das tarefas públicas pelas organizações sociais. De um lado, devem constar pesadas exigências de cumprimento, pelo parceiro público, dos repasses de recursos nos prazos e valores previstos, bem como de fiscalização do cumprimento das metas pactuadas. De outro lado, deve constar do contrato de gestão detalhamento quanto às atividades a serem prestadas, com metas a serem alcançadas e critérios qualitativos e quantitativos de avaliação de desempenho. Nesse sentido, dispõe a Lei nº 9.637/98:

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

O sistema de fiscalização e controle dos contratos de gestão é descrito minuciosamente pela lei, haja vista a existência de repasse de recursos públicos para a concretização das metas de desempenho do ajuste. A competência recai sobre órgãos internos da entidade, sobre a Administração Pública parceira e, subsidiariamente, sobre o Tribunal de Contas. Nesse sentido dispõem os arts. 8º, 9º e 10 da Lei nº 9.637/98:

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.



§1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores sequestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

Deve-se notar que a estrutura de fiscalização dos contratos de gestão tem como base a instituição e o devido funcionamento de uma “comissão de avaliação” indicada pelo Poder Público e composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. A atuação da comissão junto aos órgãos de controle interno da entidade e da própria Administração Pública é essencial para que haja o apropriado

emprego dos recursos públicos no objeto da avença.<sup>82</sup> Grande parte dos problemas por vezes encontrados nas prestações de contas de contratos de gestão ocorre pelo inadequado funcionamento desse sistema de controles previsto expressamente pela Lei das Organizações Sociais.

Por fim, deve-se mencionar que a Lei nº 9.637/98 reforça uma exigência já mencionada anteriormente acerca do regime jurídico a ser observado por todas as entidades privadas que atuam no SUS. Trata-se do art. 18 da Lei Federal de Organizações Sociais, que exige expressamente a observância dos princípios e diretrizes do SUS.<sup>83</sup>

### 3.2.2.5 Exigência de licitação

A Lei Federal nº 9.637/98 não prevê expressamente a realização de qualquer processo público de seleção da organização social que celebrará o contrato de gestão. A única referência legislativa sobre o tema consta em seu art. 7º, que exige, na elaboração do contrato de gestão, a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

Além de intensas críticas doutrinárias, a omissão legislativa foi alvo de impugnação na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923. No julgamento da ação, restou consagrado o entendimento de que, por força dos princípios da Administração Pública, havendo possibilidade de competição, deve ser realizado um processo público, transparente e com critérios objetivos para a escolha da organização social parceira.

Na legislação municipal e estadual é bastante comum a previsão expressa acerca do procedimento e dos critérios a serem seguidos para a escolha da organização social parceira. A previsão legal de tal procedimento, designado como “processo seletivo público”, “chamamento público” ou “concurso de projetos”, é importante para garantir transparência e segurança ao processo de escolha da entidade parceira. Em qualquer caso, os critérios e prazos para a escolha da organização social parceira devem ser compatíveis com a realidade e com a natureza

<sup>82</sup> Sobre o sistema de controle interno, conferir: CASTRO, Rodrigo Pironi A. de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

<sup>83</sup> “Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990”.

do objeto da avença, sendo inaplicável o modelo previsto pela Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/93.

De modo diverso da Lei nº 9.637/98, que é omissa quanto ao assunto, a Lei Federal nº 13.019/14 instituiu um procedimento específico e bastante detalhado, denominado “chamamento público”, para a seleção de organizações da sociedade civil (OSCs) interessadas em firmar termo de colaboração ou termo de fomento com o Poder Público.<sup>84</sup> Tal procedimento pode ser seguido, em aplicação subsidiária, na elaboração de editais de seleção de organizações sociais por entes federativos que não tenham disciplinado o tema por meio de lei ou decreto.

De outro bordo, para a realização do objeto pactuado no contrato de gestão, a organização social deve contratar terceiros, nos termos do programa de trabalho proposto e aprovado. Deve-se ter em mente, nessa medida, que o objeto do contrato de gestão é exatamente a gestão de determinada prestação e não sua execução direta, por meio de própria estrutura física e equipe de pessoal. Disso decorre que a contratação de terceiros para a execução de atividades vinculadas ao programa de trabalho deve seguir, por força de mandamento legal expresso, um procedimento previamente estabelecido e publicado pela organização social, que contenha os critérios a serem utilizados para a escolha dos fornecedores de bens e de serviços. Trata-se do regulamento próprio de aquisição de bens e serviços, assim definido pelo art. 17 da Lei nº 9.637/98:

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Conforme prevê a Lei nº 9.637/98, o regulamento próprio de aquisição de bens e serviços deve ser previamente aprovado pelo Conselho de Administração da entidade. O documento é mais simples, obviamente, do que a previsão contida nas leis de licitações, mas suas

<sup>84</sup> O chamamento público é definido pelo art. 2º, inc. XII da Lei nº 13.019/14, como o “procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

cláusulas devem garantir às contratações o respeito aos princípios da publicidade, isonomia, moralidade, impessoalidade e competitividade.

Muitos casos de denúncias quanto à malversação de recursos por organizações sociais devem-se à inexistência ou descumprimento do procedimento e critérios previstos no regulamento de aquisição de bens e serviços. Daí a importância da edição, publicação e cumprimento dos ditames trazidos pelo regulamento.

Por fim, deve-se atentar que a hipótese de dispensa de licitação para contratação com organizações sociais disposta no art. 24, inc. XXIV da Lei nº 8.666/93, refere-se à possibilidade de celebração de contratos administrativos de prestação de serviços entre o ente estatal que já possui um contrato de gestão celebrado com uma organização social e a própria organização social, com objeto vinculado ao próprio contrato de gestão.<sup>85</sup>

### 3.2.2.6 Providências para a celebração de contratos de gestão pelos municípios

A celebração de contratos de gestão para a gerência de estruturas estatais de atendimento à saúde da população por organizações sociais, no âmbito dos municípios, deve respeitar todos os procedimentos comuns a qualquer contratação e, especificamente:

- edição de lei municipal sobre organizações sociais e contratos de gestão, contendo os requisitos para qualificação de entidades como organizações sociais, bem como as exigências para celebração, execução e fiscalização dos contratos de gestão; a lei municipal deve respeitar as normas gerais contidas na Lei nº 9.637/98, bem como o conteúdo da decisão da ADI nº 1.923 do STF;
- realização de estudos técnicos e jurídicos acerca das vantagens da parceria, com definição motivada acerca do objeto da avença, dos bens públicos envolvidos, da eventual cessão de servidores públicos, do prazo contratual e dos direitos e deveres das partes envolvidas;
- oitiva do Conselho Municipal de Saúde e outras instâncias, como a sociedade civil e os órgãos de controle e fiscalização,

<sup>85</sup> “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

- com resposta motivada a cada questionamento, crítica ou sugestão apresentados;
- divulgação de edital para qualificação de todas as entidades que preencherem os requisitos legais como organizações sociais no âmbito do município;
  - análise do impacto orçamentário da contratação;
  - publicação de edital de chamamento público, acompanhado de minuta do contrato de gestão, para escolha da organização social parceira, com observância dos princípios da isonomia, competitividade e vantajosidade;
  - celebração e execução do contrato de gestão, com repasse de recursos, acompanhamento e fiscalização permanente, conforme previsto na lei e no instrumento de ajuste, com atuação permanente e contínua do sistema de controle interno e da comissão de avaliação instituída especialmente para esse fim;
  - prestação de contas ao Tribunal de Contas.

Ressalte-se, por fim, que todas as providências devem ser formalizadas, mantidas sob a guarda do município e com acesso franqueado, nos termos da lei, para todas as pessoas e órgãos de controle interessados no processo de contratualização levado a cabo.

### 3.2.2.7 Constitucionalidade e legalidade do modelo: a posição do STF e do TCU

Como já assinalado, a constitucionalidade dos contratos de gestão com organizações sociais foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, quando foi julgado o mérito da ADI nº 1.923, a qual questionava a integralidade do modelo trazido pela Lei nº 9.637/98. O voto vencedor foi dado pelo Ministro Luiz Fux, que julgou o pedido parcialmente procedente, apenas para conferir interpretação conforme a Constituição, para que:

- (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei n. 9.637/98;
- (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;
- (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei n. 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público

(Lei n. 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.<sup>86</sup>

No mesmo passo, o Tribunal de Contas de União, por meio do Acórdão nº 2.057/2016, prolatado no processo TC nº 023.410/2016-7, endossou a corrente acerca da admissibilidade do contrato de gestão para a gerência de unidades públicas de saúde, sumarizado nos seguintes termos:

SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS. REQUER INFORMAÇÕES A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS POR ENTES PÚBLICOS NA ÁREA DE SAÚDE E DA FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS A TÍTULO DE FOMENTO NOS LIMITES DE GASTOS DE PESSOAL PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR 101/2000 (LRF). RATIFICAÇÃO PELO STF DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.637/1998, QUE TRATA, ENTRE OUTROS ASSUNTOS, DESSAS CELEBRAÇÕES. JULGADOS QUE INDICAM A VALIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM PARCERIA COMO O PODER PÚBLICO. ENVIO DOS AUTOS À SEMAG PARA PRONUNCIAMENTO SOBRE A FORMA DE CONTABILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS. SOLICITAÇÃO PARCIALMENTE ATENDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1.923, ratificou a constitucionalidade da contratação pelo Poder Público, por meio de contrato de gestão, de organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde.
2. A jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (e.g. Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário) é no sentido de

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

reconhecer a possibilidade de realização de contratos de gestão com organizações sociais.

3. É necessária cautela para não se criar confusão entre o instrumento do contrato de gestão e o seu eventual mau uso. É certo que a aplicação prática do modelo tem revelado distorções que devem merecer a atenção redobrada dos órgãos de controle.

4. A utilização de contratos de gestão com organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde é opção discricionária do governante, cuja valoração cresce em importância em momentos de retração econômica e queda na arrecadação.<sup>87</sup>

Da fundamentação do acórdão em referência extrai-se o seguinte excerto:

Nos últimos anos, diversos estados e municípios transferiram o gerenciamento de hospitais, unidades básicas de saúde e centros de diagnósticos – incluindo a cessão de edifícios, mobiliário, equipamento e servidores públicos – a organizações sociais mediante a celebração de contratos de gestão. [...]

O que se constatou na auditoria foi a necessidade de mudança na forma de atuação da administração pública, que deixa o papel de principal executora para se concentrar nas funções de planejamento, desenho da política, regulação, controle e avaliação. Caso os estados e municípios transfiram o gerenciamento das unidades públicas de saúde para entidades privadas sem estarem devidamente preparados para supervisionar a execução dos contratos de gestão, há graves riscos de que a população não só veja uma piora na qualidade dos serviços, como também recursos públicos sejam desviados e desperdiçados. [...]

Em adição, o Tribunal se manifestou pela necessidade de que a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais ocorra por meio de processo objetivo, com critérios de concessão ou recusa do título demonstrados nos autos do processo administrativo e que sua escolha, sempre que possível, se dê por meio de chamamento público. Ressalta-se, ainda, entendimento do TCU no sentido de que os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, ratificando a importância do controle social. A par disso, os contratos de gestão devem prever metas e indicadores de qualidade e produtividade, com atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, sendo que a

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.057*. Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, 10 out. 2016.

avaliação dos resultados atingidos no contrato de gestão deve ser feita por comissão formada por especialistas da área correspondente. [...]

Com as constatações da auditoria, concluiu-se pela necessidade de utilização de instrumentos mais flexíveis para a contratação de profissionais de saúde, adequados às diferentes necessidades dos serviços. No entanto, essa maior flexibilidade deve ser acompanhada da devida regulamentação que defina parâmetros a serem seguidos pelos entes governamentais na formalização, execução e controle dos ajustes firmados, regulamentação esta que compete ao Ministério da Saúde.

Como se pode perceber, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União, ao passo que reconhecem de modo categórico a constitucionalidade, legalidade e adequação do modelo de gestão por meio de organizações sociais, estabelecem importantes balizamentos para sua regular implantação pelos entes federativos.

### 3.2.2.8 Questões controvertidas

Algumas questões ainda restam controvertidas no que tange à prestação de serviços de assistência à saúde por organizações sociais. Uma delas refere-se ao cômputo dos repasses realizados pelo Poder Público à organização social para fins de cálculo do limite de gastos com pessoal, conforme determina a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Entende-se aqui, nos termos da prescrição legal, que à medida que o contrato de gestão seja celebrado de forma lícita – ou seja, envolvendo a gestão de uma unidade ou serviço de saúde e não com o propósito de mascarar uma mera terceirização de mão de obra – não se computa o gasto com pessoal para cálculo do limite trazido pela LRF. Isso porque, conforme o §1º, do art. 18 da LRF, os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos devem ser contabilizados como “outras despesas de pessoal”.

Considerando que os contratos de gestão não promovem a terceirização de mão de obra, mas a parceria para a prestação de serviços, a interpretação mais adequada parece não ser a inclusão de tais despesas no cálculo do limite de gastos com pessoal.

Outro tema que costuma gerar controvérsias refere-se à aferição dos resultados obtidos com a avença, que tem como base o conteúdo do programa de trabalho, previsto no já mencionado art. 7º da Lei nº 9.637/98. Para que o contrato de gestão alcance seus objetivos, é imprescindível que haja uma definição mais detalhada e realista



possível das metas a serem atingidas e dos respectivos prazos de execução, bem como da estipulação de critérios objetivos de avaliação e de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade. Considerando que o repasse de recursos às organizações sociais possui uma parcela variável, que depende do atingimento de metas de desempenho, tal mecanismo deve servir como incentivo à melhoria dos serviços prestados pela entidade e não como forma de punição. A construção do programa de trabalho por profissionais que tenham experiência na gestão e na fiscalização de serviços públicos de saúde não apenas facilita a atuação da comissão de avaliação, como constitui elemento essencial para o sucesso do ajuste.

Por fim, deve-se atentar que as organizações sociais, como dito, são entidades sem fins lucrativos que dependem exclusivamente de repasses públicos de recursos para a gestão da estrutura estatal voltada ao atendimento à saúde da população. Nessa medida, a implantação do modelo de gestão por organizações sociais não decorre da necessidade de investimento privado em obras ou equipamentos, mas apenas da implantação (caso a estrutura estatal seja nova) ou melhoria (caso a estrutura já esteja em funcionamento) da gestão dos serviços assistenciais ofertados pelo município. Isso não significa, contudo, que o programa de trabalho a ser cumprido pela organização social na área da saúde não possa conter obrigações relacionadas a reformas, compras de equipamentos ou mesmo construções. É necessário, contudo, que tais atividades sejam secundárias e instrumentais à prestação dos serviços de assistência à saúde e que o Poder Público se comprometa a repassar os recursos necessários para tanto.

Em todos os casos, é recomendável que a legislação municipal e o próprio instrumento de ajuste prevejam garantias de que os recursos comprometidos para a execução do objeto serão repassados à entidade privada em prazo e montante previamente definidos. A dependência que a organização social possui em relação ao repasse de recursos públicos é imediata, de modo que qualquer atraso ou repasse a menor incidem imediatamente sobre a qualidade dos serviços disponibilizados à população.

### 3.2.3 Termos de parceria com Oscips

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 nº 9.790 de 23.3.1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99. Ao contrário do que ocorre com os contratos de gestão, são raras as leis estaduais e municipais que preveem a qualificação de Oscip e a celebração de termos de parceria, de modo que a maioria dos estados e municípios que adotam essa modalidade de ajuste o fazem pela aplicação direta da disciplina contida na legislação federal.

### 3.2.3.1 Histórico

A Lei das Oscip foi elaborada a partir de uma série de discussões lideradas pelo Conselho Consultivo do Programa Comunidade Solidária, com o objetivo de transpor uma barreira: a inadequação da legislação disciplinadora das entidades do terceiro setor, em especial no que se refere às suas relações com o Poder Público. O crescimento expressivo do número de entidades desse setor e a diversificação de suas áreas de atuação, somados à relevância constitucional outorgada à participação da sociedade civil na consecução dos objetivos do Estado brasileiro, exigiram a adoção de novos mecanismos de apoio do Estado ao terceiro setor. Isso porque a disciplina jurídica até então vigente, da outorga de títulos e certificados como requisitos para obtenção de incentivos públicos, era pautada:

- pelo burocratismo excessivo;
- pela sobreposição de certificações;
- pela ausência de critérios claros e transparentes para a obtenção dos reconhecimentos;
- pela constante influência política nos processos de qualificação e de outorga dos benefícios;
- pela limitação das áreas de atuação das entidades passíveis de serem qualificadas.

Assim, a Lei das Oscip nasceu com o escopo de trazer critérios legais, objetivos e aptos a definir quais entidades efetivamente possuem caráter público, bem como oferecer a tais entidades a possibilidade de obter apoio estatal por meio de um mecanismo despido de procedimentos excessivamente burocráticos.

### 3.2.3.2 Cabimento dos termos de parceria na assistência à saúde

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 nº 9.790/99”.

Tal área de atuação é mais ampla do que a prestação de serviços assistenciais de saúde. Isso porque a promoção da saúde envolve o fomento, o cultivo e o estímulo, por intermédio de medidas gerais e inespecíficas, a saúde e a qualidade de vida das pessoas. Nessa medida, a promoção da saúde depende de uma série de fatores, tais como educação, realização de atividades físicas, lazer, paz, alimentação, cultura e meio ambiente saudável. Tudo isso pode ser objeto de atuação das Oscips no setor de saúde. Mas admite-se, também, dentro dessa noção, que as Oscips se dediquem à prestação de serviços assistenciais de saúde, por meio de assistência médica ambulatorial, hospitalar e domiciliar. Em ambas as hipóteses é admitida a celebração de termos de parceria, seja para fomentar a promoção da saúde, seja para a própria prestação de serviços assistenciais.

Para o que interessa ao presente trabalho, deve-se ter em mente que 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, tais como organizações sociais, os termos de parcerias são vocacionados a fomentar o desempenho de serviços de assistência à saúde não vinculados ao uso de infraestrutura estatal.

Por ter sua disciplina jurídica muito similar à dos contratos de gestão, há diversas experiências nas quais os municípios celebram termos de parceria com o objeto próprio dos contratos de gestão. Tal conduta, desde que observados todos os ditames legais incidentes, revela mera irregularidade a ser sanada pela conversão do termo de parceria em contrato de gestão.

### 3.2.3.3 Entidades aptas a celebrar termos de parceria

Nos termos da Lei nº 9.790/99, apenas podem celebrar termo de parceria as entidades do terceiro setor qualificadas pelo Ministério

da Justiça como organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip).<sup>88</sup> A lei em referência prevê expressamente que o ato de qualificação como Oscip é vinculado ao cumprimento das exigências legais, que podem ser classificadas em três grandes grupos: (i) entidades que não podem ser qualificadas; (ii) áreas de atuação passíveis de qualificação; e (iii) requisitos estatutários para qualificação.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 9.790/99, não podem ser qualificadas como Oscip:

- I - as sociedades comerciais;
- II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
- V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
- VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
- VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
- IX - as organizações sociais;
- X - as cooperativas;
- XI - as fundações públicas;
- XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
- XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

No que concerne às áreas de atuação das Oscips, o art. 3º da Lei nº 9.790/99 exige que a entidade a ser qualificada tenha ao menos uma das seguintes finalidades:

<sup>88</sup> Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.790/99: “podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta lei”.

- I - promoção da assistência social;
- II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V - promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII - promoção do voluntariado;
- VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo;
- XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

Finalmente, no que toca aos demais requisitos, a lei determina que podem ser qualificadas as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos; bem como é exigido que a entidade traga expressamente em seu estatuto social as seguintes determinações:

- I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;
- II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;
- III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro

e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

IV - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

Preenchidas tais exigências, a certificação como Oscip é concedida pelo Ministério da Justiça, conforme previsto pela própria Lei nº 9.790/99.

### 3.2.3.4 Disciplina jurídica

Uma vez qualificada como Oscip, a entidade passa a usufruir de alguns benefícios, entre os quais a possibilidade de celebração de termos de parceria com o Poder Público, definido em lei nos seguintes termos:

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.

A celebração de termo de parceria na área da saúde deve ser precedida de consulta ao Conselho Municipal de Saúde, sendo que o instrumento de ajuste deve conter as seguintes cláusulas:

Art. 10. [...]

§2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:

I - a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no termo de parceria.

A disciplina jurídica que incide sobre celebração, execução e fiscalização dos termos de parceria com Oscips é bastante similar àquela prevista pela Lei das Organizações Sociais, acima analisada. Nesse

sentido, o controle sobre a execução da avença deve ser realizado por meio da atuação de diversas instâncias, sendo que a primeira delas consiste na exigência de consulta prévia ao conselho de políticas da área relacionada ao objeto da parceria. Ainda que o resultado da consulta não seja vinculante, eventuais questionamentos, críticas e objeções devem ser respondidos de modo motivado pela Administração Pública antes mesmo da realização de processo seletivo. Tanto o conselho de políticas públicas quanto a Administração Pública parceira devem acompanhar a execução da avença, sendo que os resultados atingidos com o termo de parceria devem ser analisados por uma comissão de avaliação, composta de comum acordo entre a entidade parceira e a Oscip. A comissão de avaliação, por sua vez, deve encaminhar à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.<sup>89</sup>

Seguindo o mesmo padrão de controle previsto pela Lei nº 9.637/98, o art. 9º da Lei nº 9.790/99 prevê que os responsáveis pela fiscalização do termo de parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária. Além disso, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público e à Advocacia Pública da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e na Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90).

Deve-se ressaltar a importância da instituição e do devido acompanhamento da execução do objeto da avença pela comissão de avaliação. Grande parte dos problemas encontrados na execução de projetos por Oscips decorre da inexistência ou do inadequado funcionamento da comissão de avaliação.

<sup>89</sup> “Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo. §1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. §2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida”.



### 3.2.3.5 Exigência de licitação

A celebração de termo de parceria deve ser precedida de procedimento público de seleção denominado “concurso de projetos”. Apesar de não ser prevista pela Lei nº 9.790/99, a exigência de realização do concurso de projetos decorre dos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o Decreto Federal nº 3.100, de 30.6.1999 prevê sua realização nos seguintes termos:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

Assim, caso não haja lei ou mesmo decreto municipal sobre o tema, é possível a observância das exigências contidas no ato normativo federal para a seleção da Oscip mais apta a celebrar o termo de parceria. Outra opção não vinculante, mas passível de aplicação subsidiária, refere-se à aplicação pelos municípios da disciplina do “chamamento público”, prevista na Lei nº 13.019/14 e abaixo analisada. Entrementes, com vistas à segurança jurídica, é recomendável que cada município edite sua própria lei ou decreto estabelecendo o procedimento a ser adotado para a seleção da Oscip apta a celebrar o termo de parceria.

Sob outro prisma, deve-se ressaltar que as Oscips podem contratar terceiros para o desempenho das atividades relacionadas ao objeto do termo de parceria. Para tanto, não necessitam realizar licitação ou concurso público, mas devem publicar, no prazo máximo de trinta dias contados da assinatura do termo de parceria, “regulamento próprio” contendo os procedimentos que adotarão para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com o emprego de recursos provenientes do Poder Público. Na dicção legal:

Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotar para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.

Atente-se que não apenas a publicação, mas também a observância de tal regulamento deve ser objeto de fiscalização permanente pelo Poder Público durante todo o período de execução do termo de parceria.

### 3.2.3.6 Providências para a celebração de termos de parceria pelos municípios

No que tange ao procedimento para a celebração de termos de parceria, pode-se assinalar:

- a desnecessidade de edição de lei própria do município, sendo possível a observância da Lei nº 9.790/99;
- a conveniência de edição de decreto regulamentar, detalhando no âmbito municipal o regramento dos termos de parceria;
- realização de estudos técnicos e jurídicos acerca das vantagens da parceria, com definição motivada acerca do objeto da avença, do prazo contratual e dos direitos e deveres das partes envolvidas;
- a necessidade de oitiva do Conselho Municipal de Saúde e outras instâncias, como a sociedade civil e os órgãos de controle e fiscalização, com resposta motivada a cada questionamento, crítica ou sugestão apresentadas;
- análise do impacto orçamentário da contratação;
- publicação de edital de concurso de projetos, acompanhado de minuta do termo de parceria, para escolha da Oscip parceira, com observância dos princípios da isonomia, competitividade e vantajosidade;
- celebração e execução do termo de parceria, com repasse de recursos, acompanhamento e fiscalização permanente, conforme previsto na lei e no instrumento de ajuste, com atuação permanente e contínua do sistema de controle interno da Comissão de Avaliação instituída especialmente para esse fim;
- prestação de contas.

Assim como nas demais parcerias, todas as providências devem ser formalizadas e mantidas sob a guarda do município para que, nos termos da lei, todas as pessoas e órgãos de controle interessados possam ter acesso aos documentos do processo de contratação.

### 3.2.3.7 Questões controvertidas

Nos anos que se seguiram à edição da Lei nº 9.790/99, foram celebrados, por diversos municípios do país, termos de parceria com objetos variados. Muitas vezes um mesmo termo de parceria continha objetos distintos, tais como saúde, conservação do meio ambiente e combate à pobreza. Tal conduta não se revela legítima, pois a justificativa para a celebração de termos de parceria funda-se na competência, experiência e especialização da entidade privada em uma área específica de atuação.

Além disso, com base em uma interpretação equivocada no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.790/99, não raro foram celebrados termos de parceria para a prestação pela Oscip de serviços intermediários de apoio a diversos setores da Administração Pública Municipal.<sup>90</sup> Pode-se dizer, assim, que houve em muitos locais certa deturpação deste instrumento, que acabou sendo utilizado por gestores públicos como uma forma de suprir, sem observância das exigências constitucionais, deficiências estruturais, administrativas e de recursos humanos da estrutura municipal. Isso tudo em afronta à própria legislação trabalhista, com configuração de relação de subordinação entre o corpo de pessoal da Oscip e servidores públicos municipais.

Essa situação, marcada ainda pela inexistência de fiscalização por parte do parceiro público durante a execução da avença, provocou certo descrédito do modelo de parcerias previsto pela Lei nº 9.790/99. Tal descrédito decorre, ressalta-se, não da inadequação do modelo, mas do mau uso que dele se fez em algumas experiências, em especial no âmbito municipal.

Deve-se notar, nessa medida, que o termo de parceria com Oscips deve ter como objeto um programa definido e autônomo em relação à atuação estatal. Como já dito em outra oportunidade, é necessário estabelecer uma distinção entre o que faz parte da “programação originária” (conjunto de projetos, atividades ou ações formulado pelo parceiro público, e que consta no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual) e da “programação derivada” (conjunto de projetos, atividades ou ações formuladas pela Oscip,

<sup>90</sup> “Art. 3º [...] Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins”.

apresentado no termo de parceria, e que deve estar harmonizado com a programação originária da competência do Poder Público).<sup>91</sup> É importante enfatizar que a programação derivada jamais deve ser idêntica à programação originária do Poder Público. Além disso, a programação derivada deve estar totalmente descrita no termo de parceria (instrumento ou em anexo) e deve conter as especificações exigidas pela Lei Federal nº 9.790/99. Cumpre ressaltar, nessa medida, que a Oscip deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, impedindo-se, assim, a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de mão de obra. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar “ao lado” do ente público, de maneira distinta dele, e não para que “substitua postos de trabalho” de tal ente, fazendo as vezes do Poder Público.

De outro viés, deve-se ressaltar que, sendo o objeto do termo de parceria lícito, os repasses realizados pelo Poder Público à Oscip não devem ser computados como gastos com pessoal para fins de incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois não trata a hipótese legal de substituição de servidores públicos, mas de utilização da capacidade de entidades privadas, qualificadas com Oscips, para prestação de serviços de assistência à saúde da população.

Por fim, é necessário consignar que a contratação de pessoal e de terceiros pela Oscip é responsabilidade exclusiva da entidade, que deve fazê-lo segundo decisão administrativa interna, de modo a garantir a boa execução do termo de parceria. O processo de escolha do pessoal e de terceiros deve seguir estritamente o regulamento de aquisição de bens e serviços, sendo absolutamente vedada a interferência de representantes do Poder Público em relação a qualquer contratação realizada pela Oscip.

### 3.2.4 Termos de fomento, termos de colaboração e acordos de cooperação com OSCs

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

<sup>91</sup> MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Gustavo H. Justino. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXI, n. 9, p. 1010-1025, set. 2005.

público e recíproco. Já os acordos de cooperação são modalidades de ajuste por meio dos quais são formalizadas parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil 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 nº 13.019, de 31.7.2014, regulamentada pelo Decreto nº 8.726, de 27.4.2016. 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 parcerias com Oscips, os quais seguem disciplinados pela Lei nº 9.637/98, pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93 e pela Lei nº 9.790/99, que também possuem natureza de normas gerais sobre os modelos de ajuste por elas disciplinados.<sup>92</sup>

### 3.2.4.1 Histórico

Pode-se dizer que a Lei nº 13.019/14, divulgada pelo Governo Federal com a denominação “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC)”, é resultado de um processo de mobilização social pela unificação e uniformização no tratamento das parcerias com entidades do terceiro setor. Por meio dela, objetivou-se a extinção dos convênios, com a instituição de um novo marco legislativo voltado a garantir maior segurança jurídica ao tema.

Tamánhas são as dificuldades trazidas pela nova lei, que foram necessários 540 dias desde sua promulgação até sua entrada em vigência, que aconteceu no dia 23.1.2016 para parcerias federais e estaduais. No âmbito municipal, o prazo foi ainda maior, com entrada em vigência em 1º.1.2017. Nesse período, duas medidas provisórias (MP nº 658/14 e MP nº 684/15) ampliaram a *vacatio legis* originalmente prevista, sendo que a

<sup>92</sup> Nesse sentido, diz a Lei nº 13.019/14: “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 nº 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 nº 9.790, de 23 de março de 1999”.

Lei nº 13.204/15, resultado da conversão da Medida Provisória nº 684/15, alterou profundamente a versão originalmente promulgada da Lei nº 13.019/14, com quase quatro centenas de modificações em seu texto.

#### 3.2.4.2 Cabimento dos termos de colaboração e termos de fomento na assistência à saúde

A Lei nº 13.019/14 não delimita as áreas de atuação passíveis de execução em regime de parceria, sendo que seu art. 33, inc. 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 nº 13.019/14 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 nº 13.019/14 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, como os termos de colaboração e os termos de fomento. 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.

#### 3.2.4.3 Entidades aptas a celebrar termos de colaboração e termos de fomento

Podem celebrar termos de fomento e termos de colaboração as entidades do terceiro setor qualificadas como organizações da sociedade civil (OSC). No entanto, de modo diverso da sistemática adotada pela legislação das entidades beneficentes de assistência social, das organizações sociais e das Oscips, a Lei nº 13.019/14 não prevê a outorga de um título formal pelo Poder Público às OSCs. Nessa medida, basta que as entidades privadas atendam às exigências legais para que, automaticamente, sejam consideradas organizações da sociedade civil, independentemente do deferimento de qualquer requerimento administrativo.

Nos termos da Lei nº 13.019/14, são consideradas organizações da sociedade civil (OSCs):

- a) as entidades privadas sem fins lucrativos que não distribuam entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores

ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os apliquem integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social;

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Entre as principais exigências incidentes sobre as entidades, é possível relacionar: (i) objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social; (ii) existência prévia mínima de 1, 2 ou 3 anos, conforme o ajuste seja celebrado com municípios, estados ou União, respectivamente; (iii) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; e (iv) condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas, independentemente da existência de capacidade instalada prévia.

Também em relação à participação das entidades, uma interessante inovação da Lei nº 13.019/14 consiste na possibilidade de cumprimento do objeto das parcerias por meio de atuação em rede.<sup>93</sup>

#### 3.2.4.4 Disciplina jurídica

O termo de colaboração e o termo de fomento possuem natureza e disciplina jurídica idênticas e são conceituados pela Lei nº 13.019/14

<sup>93</sup> Nos termos da Lei nº 13.019/14: “Art. 35-A. É permitida a atuação em rede, por duas ou mais organizações da sociedade civil, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração, desde que a organização da sociedade civil signatária do termo de fomento ou de colaboração possua: I - mais de cinco anos de inscrição no CNPJ; II - capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede”.

como modalidades de parceria firmadas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil (OSCs) para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que envolvam a transferência de recursos financeiros. 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. Na dicção legal:

Art. 2º [...]

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;

O Decreto nº 8.726/16, que regulamenta a Lei nº 13.019/14 na esfera federal, explicita que os termos de fomento são adotados “para a consecução de planos de trabalhos cuja concepção seja das organizações da sociedade civil, com o objetivo de incentivar projetos desenvolvidos ou criados por essas organizações”, enquanto os termos de colaboração são adotados “para a consecução de planos de trabalho cuja concepção seja da administração pública federal, com o objetivo de executar projetos ou atividades parametrizadas pela administração pública federal”.

Como se pode perceber, o termo de fomento deve ser celebrado para fomento 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.



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 organizações da sociedade civil 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 OSC 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.

A Lei nº 13.019/14 dá ao tema tratamento extremamente detalhado, com previsão expressa de uma série de requisitos, procedimentos e deveres a serem observados no processo de estruturação e execução das parcerias por ela tratadas. No que se refere ao instrumento de ajuste, as exigências são trazidas pelo art. 42 da lei, que assim dispõe:

Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais:

I - a descrição do objeto pactuado;

II - as obrigações das partes;

III - quando for o caso, o valor total e o cronograma de desembolso;

IV - (revogado);

V - a contrapartida, quando for o caso, observado o disposto no §1º do art. 35;

VI - a vigência e as hipóteses de prorrogação;

VII - a obrigação de prestar contas com definição de forma, metodologia e prazos;

VIII - a forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos termos previstos no §1º do art. 58 desta Lei;

IX - a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Lei;

X - a definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão de sua execução, tenham sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública;

XI - (revogado);

XII - a prerrogativa atribuída à administração pública para assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade;

XIII - (revogado);

XIV - quando for o caso, a obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos em conta bancária específica, observado o disposto no art. 51;

XV - o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto;

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;

XVII - a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública;

XVIII - (revogado);

XIX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;

XX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

Já no que concerne à execução da avença, uma das grandes preocupações da Lei nº 13.019/14 refere-se ao monitoramento e à avaliação dos termos de colaboração e termos de fomento, razão pela qual a lei é pródiga em exigências relacionadas a tais atividades. Nesse sentido, a lei prescreve uma ampla gama de providências a serem tomadas pela Administração Pública antes da celebração de uma parceria, bem como uma extensa lista de vedações a que determinadas entidades e pessoas físicas participem de chamamentos públicos.

Entre as inovações trazidas pela Lei nº 13.019/14, pode-se destacar a autorização expressa para que a Administração Pública realize o

monitoramento e a avaliação das parcerias com o apoio técnico de terceiros, bem como delegue competência ou firme parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos públicos repassados. Em qualquer caso, o trabalho de monitoramento deve resultar em um “relatório técnico de monitoramento e avaliação”, o qual deve ser submetido a uma “comissão de monitoramento e avaliação”, instituída especialmente para esse fim.

Além disso, a parceria deve ser acompanhada e fiscalizada tanto pelo conselho de políticas públicas da área correspondente quanto pelo “gestor da parceria”. Tal gestor deve ser indicado pela Administração Pública e tem como atribuições: acompanhar e fiscalizar a execução da parceria; informar ao seu superior hierárquico a existência de fatos que comprometam ou possam comprometer as atividades ou metas da parceria e de indícios de irregularidades na gestão dos recursos, bem como as providências adotadas ou que serão adotadas para sanar os problemas detectados; e emitir parecer técnico conclusivo de análise da prestação final de contas pela OSC.

A seu turno, a OSC parceira tem o dever de prestar contas, que deve realizar-se por meio de plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado. A prestação de contas deve conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados. A manifestação conclusiva sobre a prestação final de contas pela Administração Pública deve ser finalizada, alternativamente, pela:

- aprovação da prestação de contas;
- aprovação da prestação de contas com ressalvas; ou
- rejeição da prestação de contas e determinação de imediata instauração de tomada de contas especial.

Esta última hipótese ocorrerá, conforme determinação contida no art. 72, inc. III da Lei nº 13.019/14, nos casos em que houver uma das seguintes circunstâncias:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho;
- c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

Além disso, pela execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e a legislação pertinente, a Administração Pública poderá, nos termos do art. 73 da Lei nº 13.019/14, aplicar à organização da sociedade civil as sanções de (i) advertência; (ii) suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da Administração Pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos; e (iii) declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Como se pode perceber, são múltiplas as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização instituídos pela Lei nº 13.019/14, os quais devem ser observados em todas as fases de preparação, execução e prestação de contas dos termos de colaboração, dos termos de fomento e, no que couber, dos acordos de cooperação.

### 3.2.4.5 Exigência de licitação

Os termos de colaboração e termos de fomento devem ser antecedidos de processo seletivo denominado “chamamento público”, instaurado mediante edital público, a ser divulgado em página do sítio oficial da Administração Pública na internet. O processo de chamamento público, bem como as exigências a serem preenchidas pelas OSCs para a celebração do ajuste, é disciplinado de modo bastante detalhado pelo texto da Lei nº 13.019/14, que assim prescreve:

Art. 23. A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei.

Parágrafo único. Sempre que possível, a administração pública estabelecerá critérios a serem seguidos, especialmente quanto às seguintes características

- I - objetos;
- II - metas;
- III - (revogado);
- IV - custos;
- V - (revogado);
- VI - indicadores, quantitativos ou qualitativos, de avaliação de resultados.

Além disso, o edital de chamamento público deverá especificar:

- I - a programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria;
- II - (revogado);
- III - o objeto da parceria;
- IV - as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas;
- V - as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso;
- VI - o valor previsto para a realização do objeto;
- VII - (revogado);
- VIII - as condições para interposição de recurso administrativo;
- IX - a minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria;
- X - de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos.

A não realização de chamamento público, nos termos e prazos previstos pela Lei nº 13.019/14, apenas pode ocorrer nas hipóteses descritas pela própria lei, nos seguintes termos:

Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei.

Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

- I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;
- II - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;
- III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV - (VETADO);

V - (VETADO);

VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

I - o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;

II - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do §3º do art. 12 da Lei n.4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar n.101, de 4 de maio de 2000.

Pode-se perceber, nessa banda, que a Lei nº 13.019/14, ao contrário das demais leis que disciplinam parcerias com o terceiro setor, trata de modo exaustivo todo o processo de escolha da entidade parceira. Tal procedimento não é aplicável diretamente às demais parcerias com o terceiro setor, que podem adotar procedimentos próprios. No entanto, como dito em outra oportunidade, nada impede que algumas balizas trazidas pela Lei nº 13.019/14 sejam utilizadas subsidiariamente na regulamentação municipal dos demais procedimentos públicos de seleção de entidades privadas parceiras.

De outro flanco, deve-se notar que a contratação de terceiros pela OSC parceira deve ocorrer de modo estritamente vinculado ao plano de trabalho, não sendo exigida a publicação de um “regulamento próprio para aquisição de bens e serviços”, como preveem a Lei nº 9.637/98 e a Lei nº 9.790/99, que tratam dos contratos de gestão e dos termos de parceria, respectivamente. Ao disciplinar o tema, a Lei nº 13.019/14 exige que os pagamentos pela entidade ocorram em conformidade com o programa de desembolso previsto no plano de trabalho, sendo que o Decreto nº 8.726/16 estabelece expressamente que “as compras e contratações de bens e serviços pela OSC com recursos transferidos pela administração pública federal adotarão métodos usualmente utilizados pelo setor privado”.

Além disso, o referido ato normativo prevê que a OSC deverá verificar a compatibilidade entre o valor previsto para a realização da despesa, aprovado no plano de trabalho, e o valor efetivo da compra ou contratação. Se o valor efetivo da compra ou contratação for superior ao previsto no plano de trabalho, a entidade deverá assegurar sua compatibilidade com os novos preços praticados no mercado. Por fim, para a realização de suas despesas, o Decreto nº 8.726/16 prevê que as OSCs poderão fazer uso do portal de compras disponibilizado pela Administração Pública Federal.

### 3.2.4.6 Procedimento de manifestação de interesse social – PMIS

Uma importante inovação da Lei nº 13.019/14 diz respeito à possibilidade de as entidades do terceiro setor colaborarem com o município antes do chamamento público, por meio de estudos, projetos, levantamentos e propostas a serem avaliadas pela Administração. Como acima mencionado, o termo de colaboração e o termo de fomento são distinguidos na lei a partir da iniciativa para a celebração da avença. Assim, enquanto os termos de colaboração são de iniciativa da própria Administração Pública, os termos de fomento têm origem na sociedade civil, em especial por meio de um procedimento denominado de procedimento de manifestação de interesse social (PMIS), previsto nos arts. 18 a 21 da Lei nº 13.019/14 e nos arts. 75 a 77 do Decreto Federal nº 8.726/16.

Na dicção do art. 18 da Lei nº 13.019/14, o PMIS consiste em um “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”. A inspiração é idêntica àquela que conduziu a instituição do PMI no âmbito dos contratos de concessão, adiante analisados. Deve-se atentar para algumas peculiaridades do instituto, quais sejam:

- a realização de chamamento público ou a celebração de parceria não depende da prévia ocorrência de um PMIS, que é procedimento facultativo;
- em sentido oposto, a prévia realização de um PMIS não dispensa a realização de chamamento público para escolha da OSC parceira;

– a participação de uma OSC no PMIS não a impede de participar no eventual chamamento público subsequente.

O PMIS principia-se sempre por provocação da sociedade civil, movimentos sociais ou cidadãos interessados (ou seja, o PMIS é sempre provocado). A provocação deve se dar por intermédio do preenchimento de um formulário, cujo modelo deve ser disponibilizado pela Administração Pública (art. 76, *caput* do Decreto nº 8.726/16). O requerimento será encaminhado ao órgão ou à entidade da Administração Pública responsável pela política pública a que se referir, e deve conter, no mínimo: (i) identificação do subscritor da proposta; (ii) indicação do interesse público envolvido; e (iii) diagnóstico da realidade a ser modificada, aprimorada ou desenvolvida e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida. Vale destacar a interessante previsão do art. 76, §2º do Decreto nº 8.726/16, que exige que a Administração Pública estabeleça um período mínimo de 60 (sessenta) dias anuais para o recebimento de requerimentos de PMIS.

Após receber o requerimento de PMIS por parte dos interessados e estando ele de acordo com os requisitos descritos, a Administração Pública avaliará se há interesse em sua realização e, em caso positivo, deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico, de sorte a permitir a oitiva da sociedade sobre o tema. Inclusive, exige o Decreto nº 8.726/16, em seu art. 77, §2º, que seja constituído portal eletrônico único com esta finalidade. Após oitiva da sociedade, a etapa final do PMIS consiste na análise, pela Administração Pública, a respeito da realização ou não do chamamento público proposto. Diante disso, por óbvio, a realização do PMIS não importa obrigação para a deflagração do chamamento público, que acontecerá de acordo com os interesses do Poder Público. Todo esse processo (do recebimento do PMIS até seu julgamento final) não pode levar mais de 6 (seis) meses (art. 77, §1º do decreto).

### 3.2.4.7 Providências para a celebração de termos de fomento e termos de colaboração pelos municípios

A opção do gestor municipal pela celebração de termo de fomento ou termo de colaboração para a prestação de serviços de assistência à saúde deve, assim, seguir os seguintes balizamentos gerais:

– desnecessidade de edição de lei própria do Município, sendo possível a observância da Lei nº 13.019/14;



- conveniência de edição de decreto regulamentar, detalhando no âmbito municipal a Lei nº 13.019/14;
- realização de estudos técnicos e jurídicos acerca das vantagens da parceria, com definição motivada acerca do objeto da avença, do prazo contratual e dos direitos e deveres das partes envolvidas;
- conveniência de oitiva do Conselho Municipal de Saúde e outras instâncias, como a sociedade civil e os órgãos de controle e fiscalização, com resposta motivada a cada questionamento, crítica ou sugestão apresentados.

Além disso, antes da publicação do edital de chamamento público para a escolha da OSC parceira, a Lei nº 13.019/14 prevê expressamente as seguintes providências:

Art. 35. A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:

I - realização de chamamento público, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei;

II - indicação expressa da existência de prévia dotação orçamentária para execução da parceria;

III - demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil foram avaliados e são compatíveis com o objeto;

IV - aprovação do plano de trabalho, a ser apresentado nos termos desta Lei;

V - emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito:

- a) do mérito da proposta, em conformidade com a modalidade de parceria adotada;
- b) da identidade e da reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta Lei;
- c) da viabilidade de sua execução;
- d) da verificação do cronograma de desembolso;
- e) da descrição de quais serão os meios disponíveis a serem utilizados para a fiscalização da execução da parceria, assim como dos procedimentos que deverão ser adotados para avaliação da execução física e financeira, no cumprimento das metas e objetivos;
- f) (revogado);
- g) da designação do gestor da parceria;

- h) da designação da comissão de monitoramento e avaliação da parceria;
- i) (revogado);

VI - emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade de celebração da parceria.

Tais providências devem ser seguidas de todos os atos de fiscalização, monitoramento e controle, conforme descrito no item anterior, até a aprovação da prestação final de contas da parceria. Além disso, como já dito, todos os atos devem ser formalizados e arquivados de modo a proporcionar, nos termos da lei, acesso a cidadãos e órgãos de controle interessados.

### 3.2.4.8 Questões controvertidas

A Lei nº 13.019/14 trouxe grandes desafios para a Administração Pública e para as entidades do terceiro setor parceiras, pois o tratamento legal dado à fase de preparação, de seleção, de execução e de prestação de contas dos termos de colaboração e dos termos de fomento é bastante detalhado. Uma das críticas feitas pela doutrina ao teor da Lei nº 13.019/14 consiste exatamente no excessivo detalhamento acerca de procedimentos a serem observados na estruturação de toda e qualquer parceria disciplinada pela nova lei.

Nesse passo, entre as inovações trazidas pela lei com o objetivo de oferecer segurança jurídica aos ajustes, algumas têm gerado controvérsias. Uma delas costuma provocar debates acerca das consequências de sua aplicação prática. Trata-se da permissão expressa de remuneração do corpo de pessoal envolvido na execução da avença. Tal inovação pode ser considerada um avanço, na medida em que consolida de modo expreso uma hipótese já admitida nas demais modalidades de parceria, mas que costumava ser vedada na celebração dos convênios.

Sobre o tema, o ponto específico de controvérsias refere-se, especialmente, ao pagamento de verbas rescisórias com recursos da parceria, bem como a eventual responsabilidade do Poder Público sobre seu pagamento. Se, de um lado, a Lei nº 13.019/14 prevê que “o pagamento de remuneração da equipe contratada pela organização da sociedade civil com recursos da parceria não gera vínculo trabalhista com o poder público”; de outro, a mesma lei aduz que “a inadimplência da administração pública não transfere à organização da sociedade civil a responsabilidade pelo pagamento de obrigações vinculadas à parceria

com recursos próprios”. A questão que fica, portanto, diz respeito ao não pagamento de verbas trabalhistas em face da inadimplência do Poder Público.

Deve-se ter em mente, sobre o tema, que as entidades do terceiro setor que contratam pessoal para a execução do objeto de parcerias com o Poder Público não assumem qualquer “risco do negócio”, na medida em que elas não realizam investimento e não obtêm lucro com a parceria. Nesse passo, a ausência de repasse de recursos públicos previstos no plano de trabalho incide diretamente sobre as obrigações assumidas pela entidade, inclusive aquelas de natureza trabalhista. Nesse cenário, é importante compreender que a responsabilidade do Poder Público é solidária à da entidade nos limites dos gastos previstos no instrumento de ajuste, sendo que a entidade não pode responder pela impossibilidade de pagamento de seus débitos em decorrência do descumprimento dos deveres do Poder Público. Portanto, a responsabilidade estatal na esfera trabalhista existe, mas é delimitada ao montante previsto no plano de trabalho. De todo o modo, como dito acima, trata-se de tema controvertido, que certamente ainda demandará esforço interpretativo e compreensão por parte da Justiça do Trabalho.

De outro viés, a Lei nº 13.019/14 resolve uma questão bastante controvertida, em especial na fiscalização realizada pelos Tribunais de Contas. Trata-se da possibilidade expressa de pagamento de “despesas indiretas”, também denominadas “custos operacionais”, como internet, transporte, aluguel, telefone, consumo de água e luz e remuneração de serviços contábeis e de assessoria jurídica, desde que previstas no plano de trabalho e independentemente de sua proporção em relação ao valor total da parceria.<sup>94</sup> Tais despesas ocorrem em todas as parcerias, pois são instrumentais à prestação dos serviços. Neste ponto, a nova lei parece ter dado solução à controvérsia, de modo que sua aplicação deve ocorrer, em caráter subsidiário, também aos termos de parceria e aos contratos de gestão, cujas leis não tratam do tema de modo expresso.

Por fim, outro ponto controvertido tratado pelo decreto federal que regulamenta a Lei nº 13.019/14 refere-se à proibição expressa de que representantes do Poder Público interfiram na gestão da parceria. O tema foi tratado acima, a respeito dos termos de parceria com Oscips,

<sup>94</sup> O tema é tratado pelo art. 46, inc. III da Lei nº 13.019/14 e regulamentado pelo Decreto nº 8.726/16, que assim dispõe: “Art. 39. Os custos indiretos necessários à execução do objeto, de que trata o inciso III do caput do art. 46 da Lei nº 13.019, de 2014, poderão incluir, entre outras despesas, aquelas com internet, transporte, aluguel, telefone, consumo de água e luz e remuneração de serviços contábeis e de assessoria jurídica”.

e merece novo destaque. Isso porque, conforme previsão expressa do Decreto nº 8.726/16, “é vedado à administração pública federal praticar atos de ingerência na seleção e na contratação de pessoal pela organização da sociedade civil ou que direcionem o recrutamento de pessoas para trabalhar ou prestar serviços na referida organização”. Afinal, como já mencionado, nas parcerias com o terceiro setor, deve-se respeitar, sob pena de ilegalidade, a autonomia privada das entidades para, nos termos da lei, tomar as medidas administrativas cabíveis para a realização do objeto pactuado na avença.

### 3.3 Entidades privadas com finalidade lucrativa

Além da participação privada nos serviços públicos de assistência à saúde por meio de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, o ordenamento jurídico brasileiro admite também a participação de pessoas jurídicas dotadas de finalidade lucrativa. Como se sabe, pessoas jurídicas com fins lucrativos são aquelas que desenvolvem suas atividades com o objetivo de obter o retorno do capital investido por meio da distribuição de lucro. No ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas jurídicas com finalidade lucrativa são relacionadas no Código Civil sob diversas modalidades, que correspondem a sociedades simples, sociedades empresárias, sociedades cooperativas e empresas individuais de responsabilidade limitada (Eireli). As modalidades de vínculo entre tais entidades e o Poder Público com vistas a disciplinar a prestação de serviços de assistência à saúde no âmbito do SUS são:

- o contrato administrativo de prestação de serviços, regido pela Lei Federal nº 8.666/93;
- as parcerias público-privadas, regidas pela Lei Federal nº 11.079/2004.

Tais modalidades de ajuste podem ser reconduzidas à noção geral, prevista no §1º do art. 199 da Constituição Federal, de “contrato de direito público”. O contrato de direito público deve 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.<sup>95</sup> Trata-se, portanto, de uma categoria jurídica bastante ampla, que abrange todos os ajustes dos quais façam

<sup>95</sup> Sobre o tema, conferir: ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

parte o Poder Público e, conseqüentemente, submetam-se, ao menos em parte, a regras de direito público.

### 3.3.1 Contrato administrativo de prestação de serviços

A participação privada na prestação de serviços de assistência à saúde pode ocorrer por meio de contratos administrativos de prestação de serviços, nos quais a Administração Pública paga um valor certo e determinado pela prestação de um serviço a ser disponibilizado no âmbito do SUS. Nesse sentido, a Lei nº 8.666, de 21.6.1993 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.

No caso dos serviços de assistência à saúde, o contrato administrativo deve ter como objeto a prestação de um serviço relacionado à assistência à saúde da população. A Lei nº 8.666/93 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;

Por meio do contrato administrativo de prestação de serviços, portanto, a Administração Pública ajusta com a iniciativa privada a oferta de assistência à saúde para a população. Essa modalidade de prestação indireta de serviços de saúde, por meio da “compra” de serviços, configura o que se costuma denominar de “terceirização”, entendida como o ato de inserir em determinada relação entre dois fatores um terceiro elemento, inicialmente alheio a esta relação.

Deve-se notar que, em seu sentido amplo, terceirização corresponde a todas as hipóteses em que há execução de atividades estatais por um terceiro, de natureza privada. De acordo com essa noção alargada, a terceirização ocorre tanto nos contratos de prestação de serviços

de interesse da Administração Pública, celebrados nos termos da Lei nº 8.666/93, quanto nas demais modalidades de parcerias na saúde. É nesse sentido que a expressão é usada para se referir, normalmente com viés depreciativo, às diversas modalidades de parcerias na Administração Pública.

Já o sentido estrito ou técnico de terceirização abrange apenas os casos de *contracting out*, ou seja, de contratação de obras e serviços instrumentais, assessoriais ou complementares ao exercício da função administrativa, com remuneração paga mediante contraprestação previamente ajustada. A terceirização, neste sentido, portanto, diz respeito exclusivamente à contratação de serviços pela Administração Pública nos termos da Lei nº 8.666/93.<sup>96</sup>

### 3.3.1.1 Entidades aptas a celebrar contratos administrativos de prestação de serviços de assistência à saúde no âmbito do SUS

Incapaz de satisfazer por sua própria estrutura administrativa todas as necessidades instrumentais ao desenvolvimento de seus deveres, o Poder Público sempre se socorreu da iniciativa privada. Seja para a construção de obras, para a aquisição de bens de capital e bens de consumo, ou mesmo para a obtenção de serviços, a Administração Pública vincula-se a pessoas jurídicas de direito privado por meio de contratos administrativos.

A disciplina jurídica de tais contratos é dada em solo pátrio pela Lei nº 8.666/93, conhecida como Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Bastante conhecida e estudada no direito brasileiro, a Lei nº 8.666/93 prevê que podem celebrar contratos administrativos as entidades privadas que preencham as exigências previstas em edital de licitação pública, as quais devem ser compatíveis com a natureza, a complexidade e o valor do objeto a ser contratado. Assim, para acudir a certames públicos de contratação pautados na Lei nº 8.666/93, a entidade privada deve, naturalmente, possuir em seu contrato social uma área de atuação compatível com o objeto da licitação, além de preencher todos os requisitos de habilitação jurídica, técnica, econômico-financeira e de regularidade fiscal e trabalhista.

<sup>96</sup> Para uma análise crítica do tema, conferir: ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

Deve-se notar que há uma discussão acerca da possibilidade de entidades sem fins lucrativos participarem de licitações para a contratação de serviços nos termos da Lei nº 8.666/93. Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União entende que as Oscips não podem participar de tais certames licitatórios, sob pena de ofensa à competitividade, conforme se verifica do Acórdão nº 746/2014, que assim dispõe:

REPRESENTAÇÃO. GRUPO DE TRABALHO CRIADO PARA AVALIAR A LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP EM CERTAMES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. DESVIRTUAMENTO DA FORMA DE RELACIONAMENTO COM PODER PÚBLICO PREVISTA NA LEI N. 9.790/1999. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. CIÊNCIA AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO.

1. Às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atuando nessa condição, é vedado participar de certames da Administração Pública Federal, porquanto tal agir implica ofensa à Lei n. 9.790/1999, que dispõe ser o termo de parceria o meio adequado de relacionamento entre elas e o Poder Público.

2. A participação de OSCIP em torneios licitatórios da Administração Pública consubstancia quebra do princípio da isonomia, eis que tais entidades possuem benesses fiscais, a elas concedidas para atuarem mediante o estabelecimento de termo de parceria.<sup>97</sup>

Nessa esquadra, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, é aconselhável a previsão expressa quanto à possibilidade de participação de pessoas jurídicas de natureza diversa nos editais de licitação instaurados para a celebração de contratos de prestação de serviços do âmbito do SUS.

### 3.3.1.2 Cabimento dos contratos administrativos de prestação de serviços na assistência à saúde

Com objetivo de estabelecer alguns limites para a contratação de serviços vinculados a atividades desenvolvidas pela própria Administração Pública, o Decreto Federal nº 2.271, de 7.7.1997 prevê alguns balizamentos, como se percebe de seu art. 1º:

<sup>97</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 726/2014*. Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, 26 mar. 2014.

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

É possível perceber que o decreto em referência admite a terceirização de serviços voltados à execução de “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares” à competência legal do ente público. Além disso, o ato normativo prevê que alguns serviços ocorram preferencialmente via terceirização, tais como conservação, limpeza, segurança, vigilância, reposição e outros. Note-se, entretanto, que o rol do §1º acima colacionado não esgota os serviços passíveis de terceirização, mas apenas aponta aqueles que deverão ser executados prioritariamente via terceirizados, e não pela própria Administração Pública.

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 medida, enquanto o decreto acima mencionado admite a contratação de serviços instrumentais, complementares e acessórios aos serviços de assistência à saúde prestados diretamente pela Administração Pública, o dispositivo constitucional já referido admite a contratação dos próprios serviços de assistência à saúde, em complementariedade ao SUS.

Nessa sintonia, a noção de serviço complementar, instrumental ou acessório, no âmbito do SUS, é mais ampla, tendo como referência toda a estrutura de serviços do SUS. Por isso, pode ser entendida como serviços complementares ao atendimento integral a ser dado aos pacientes do SUS, para além dos serviços descritos no rol do §1º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97, uma série de serviços técnicos especializados. Entre eles, podem ser citados laboratórios, clínicas de imagem, centros cirúrgicos, leitos hospitalares, UTIs e atendimento clínico.

Deve-se perceber que este modelo de contratação de serviços privados não se amolda ao trespassado da gestão de unidades públicas



de saúde à gestão privada. Tal hipótese é admitida pelo ordenamento brasileiro, mas deve ser instrumentalizada por meio de contrato de gestão ou por parceria público-privada do tipo concessão administrativa, como se verá adiante.

Além disso, deve-se ter cautela para que a contratação de serviços de assistência à saúde nos termos da Lei nº 8.666/93 não implique mera terceirização de mão de obra, apenas com 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, conforme analisado no item 3.1.

### 3.3.1.3 Exigência de licitação e a figura do credenciamento

Contratos administrativos de prestação de serviços de assistência à saúde devem ser precedidos de regular processo de licitação pública, por meio de uma das modalidades previstas pela Lei nº 8.666/93 ou, em caso de “serviços comuns”, pela Lei nº 10.520, de 17.7.2002, conhecida como Lei de Pregão.<sup>98</sup> A contratação direta, sem licitação, apenas é admitida nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Nos serviços de saúde, costuma ocorrer uma hipótese especial de inexigibilidade de licitação, na qual não há competitividade pelo fato de o Poder Público contratar todos os prestadores privados interessados. Trata-se do “credenciamento”.

O credenciamento pode ser entendido como o modelo de contratação por meio do qual a Administração Pública instaura edital contendo requisitos para que os interessados na prestação de um serviço sejam credenciados para sua execução. Com o credenciamento, a entidade torna-se apta a executar o objeto da avença quando convocada pela Administração Pública. Essa sistemática é adotada nas hipóteses em que quanto mais particulares tiverem interesse na execução do objeto, melhor será atendido o interesse público.

Para tanto, deve ser publicado edital público de chamamento, contendo o objeto a ser executado, os requisitos de habilitação, o preço a ser pago pelo serviço e os critérios para convocação dos credenciados.

<sup>98</sup> Conforme prevê o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02, consideram-se serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Note-se que, no credenciamento, o Poder Público define o valor a ser pago por cada serviço e contrata todas as entidades privadas interessadas para que, caso sejam demandadas, prestem o serviço e recebam o valor originalmente definido pelo próprio Poder Público.

Deve-se atentar, contudo, que não é possível à própria Administração Pública realizar a escolha discricionária da entidade que prestará os serviços. Já no edital de credenciamento deve ser fixado um critério objetivo que garanta a impessoalidade para a convocação dos credenciados, como o sorteio ou a escolha dos usuários, por exemplo. No caso da saúde, o credenciamento é bastante comum como meio de oferta de prestadores de serviços assistenciais a serem usufruídos pela população. Não se pode admitir nesse modelo, ressalte-se, a interferência voluntária da Administração Pública na escolha do prestador a executar o serviço, a qual deve ser feita pelos usuários.

### 3.3.2 Parcerias público-privadas – PPPs

Em sentido amplo, parceria público-privada é a denominação atribuída ao vínculo entre duas ou mais pessoas, uma das quais o Estado, que se relacionam de modo ordenado, mediante a conjugação de esforços para a obtenção de uma finalidade de interesse público previamente ajustado, com remuneração variável conforme os resultados alcançados. Nesse sentido, são parcerias público-privadas todas as modalidades de ajuste não caracterizadas por uma relação de troca, tal qual previsto na Lei nº 8.666/93. Essa noção ampla de parceria público-privada inclui, portanto, todas as parcerias, inclusive aquelas celebradas com o terceiro setor.

Já em sentido estrito ou técnico, parcerias público-privadas correspondem às duas modalidades de concessão previstas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004. Essa lei inovou no ordenamento brasileiro ao trazer de modo expresso a possibilidade de contratos de concessão nos quais o agente privado é remunerado total ou parcialmente pela própria Administração Pública contratante. Trata-se de um importante mecanismo de financiamento e operação de infraestruturas, nos quais a iniciativa privada constrói/reforma/equipa estruturas públicas e passa a ser remunerada após o início da exploração da obra construída/reformada/equipada, conforme o alcance de metas de desempenho previamente previstas no instrumento contratual.

A Lei Federal nº 11.079/04 contém as normas gerais de contratação de PPPs, sendo que compete aos estados e aos municípios, no exercício

de sua competência suplementar, estabelecer regras específicas, com observância da estrutura geral trazida pela lei nacional.

### 3.3.2.1 Entidades aptas a celebrar contratos de PPP

Por envolver objetos de alto valor e grande complexidade, apenas podem celebrar contratos de parceria público-privada empresas, as quais devem participar do processo de licitação individualmente ou em consórcio. Em qualquer caso, antes da celebração da avença, deve ser constituída uma sociedade de propósito específico (SPE), voltada exclusivamente à gestão do objeto da parceria.<sup>99</sup>

### 3.3.2.2 Disciplina jurídica das PPPs

A Lei Federal nº 11.079/04 previu duas modalidades de parcerias público-privadas – a concessão patrocinada e a concessão administrativa, assim disciplinadas:

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 n. 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.

§3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Como se pode perceber, a concessão patrocinada refere-se à modalidade contratual em que, além da tarifa cobrada dos usuários, há aporte de recursos por parte do Poder Público para compor a contraprestação paga ao parceiro privado. Já a concessão administrativa

<sup>99</sup> Sociedade de propósito específico (SPE) é uma pessoa jurídica com objeto delimitado, constituída sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima. Sua adoção nos contratos de PPP tem como objetivo principal isolar o risco financeiro das atividades a serem desenvolvidas na consecução do objeto contratual.

diz respeito à modalidade contratual em que o Poder Público arca com a totalidade da contraprestação paga ao parceiro privado.

Nessa esquadra, a concessão patrocinada volta-se aos casos em que é possível a cobrança da tarifa, mas sua instituição, por razões econômicas ou políticas, não é suficiente para cobrir todos os custos do empreendimento. Note-se que o objeto das concessões patrocinadas é idêntico àquele previsto na Lei nº 8.987/95, sendo que a maior diferença reside na forma de financiamento e amortização do capital investido pelo concessionário.

Já a concessão administrativa tem aplicação voltada aos casos em que não for viável a cobrança de tarifa dos usuários do serviço, situação que ocorre em quatro grandes hipóteses:

- quando o usuário do serviço for a própria Administração Pública (a chamada concessão de serviços administrativos) – ex.: construção e operação de centros administrativos;
- quando, existindo usuários do serviço, estes não forem individualizáveis (os chamados serviços públicos *uti universi*) – ex.: iluminação pública;
- quando o serviço, por ser gratuito, não puder ser cobrado do usuário – ex.: serviços públicos de saúde;
- quando, por razões de índole econômica ou política, o Poder Público optar por não instituir tarifa sobre determinado serviço que, *a priori*, seria tarifável – ex.: manutenção e conservação de rodovias.

Em qualquer das modalidades de PPP, a remuneração do parceiro privado por parte do Poder Público pode ser efetuada por diversas formas de contraprestação: dinheiro, bens públicos desafetados, cessão de créditos, outorga de direitos e quaisquer outros que encontrem guarida legal, conforme art. 6º da Lei nº 11.079/04. Além disso, a contraprestação ao parceiro privado pelos serviços prestados apenas se iniciará a partir da efetiva disponibilização do serviço (art. 7º da lei), o que não se confunde com a possibilidade de se realizarem aportes de recursos durante a fase de construção e de implementação dos serviços (art. 6º, §2º da lei), desde que previstos no edital.

Considerando as disposições legais que regem o tema, vislumbre-se nas parcerias público-privadas um importante mecanismo de apoio ao setor público, em que cabe ao parceiro privado arcar com os custos de implantação e operação do serviço concedido. Sua remuneração decorre da exploração do serviço ao longo do lapso contratual pela conjugação entre tarifas (no caso da concessão patrocinada) e contraprestações públicas.

Os contratos de PPP, em suas duas modalidades, possuem algumas características principais:

- o prazo de vigência é de 5 a 35 anos, a ser determinado conforme o volume de investimento privado a ser amortizado;
- o valor mínimo é de 20 milhões de reais;<sup>100</sup>
- o contrato não pode ter como objeto único: a) o fornecimento de mão de obra, b) o fornecimento/instalação de equipamentos, c) a execução de obra pública;
- o objeto não pode compreender funções de regulação, jurisdicional e o exercício do poder de polícia, por serem consideradas “atividades exclusivas de Estado”;
- há uma sistemática especial de garantias prestadas entre as partes, especialmente pelo parceiro público;
- há previsão de mitigação de riscos contratuais, mediante alocação realizada caso a caso, de forma eficiente de acordo com o parceiro mais apto a suportar cada espécie de risco;
- os pagamentos são realizados conforme o desempenho do particular, aferido por um plano de metas quantitativas e qualitativas pensado ao contrato.

Além disso, há uma série de cuidados a serem tomados e de limites a serem observados na contratação da PPP, em destaque:

- realização de consulta pública sobre o edital da PPP (art. 10, IV da lei);
- previsão de cláusulas contratuais obrigatórias (art. 5º da lei);
- limites para a constituição da sociedade de propósito específico (art. 9º da lei);
- exigências diversas (notadamente de índole orçamentária) a respeito do processo de licitação para outorga da PPP (arts. 10 a 13 da lei).

Nessa perspectiva, costumam-se elencar como vantagens que justificam a celebração de contratos de PPP:

- mobilização de financiamento privado, viabilizando construção, reforma e implantação imediata de infraestruturas públicas com recursos privados, amortizados em longo prazo;

<sup>100</sup> Há discussão doutrinária a respeito do parâmetro para aplicação de referido valor: para alguns, o mínimo de 20 milhões de reais deve ser considerado em relação ao valor anual do contrato, sob pena de vulgarização da utilização das PPPs; para outros, tal montante diz respeito ao valor total do contrato, referindo-se, portanto a todo o período contratado, sob pena de inviabilização das PPPs em municípios de médio e pequeno porte. Sobre o tema, conferir: MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a parte geral da lei das parcerias público-privadas. *Revista dos Tribunais*, v. 848, n. 11, jun. 2006.

- possibilidade de obtenção de estudos e projetos gratuitos, por intermédio do PMI (procedimento de manifestação de interesse), em que a iniciativa privada, provocando ou acudindo a convite do Poder Público, participa de processo seletivo especial destinado à apresentação de estudos e projetos de PPP;
- via de regra, os pagamentos ao parceiro privado ocorrem somente após a implantação da infraestrutura e o início da prestação dos serviços, sendo que a remuneração é variável, de acordo com o atingimento de metas de desempenho quantitativas e qualitativas fixadas pelo contrato;
- transferência das inúmeras dificuldades gerenciais ao setor privado, que se responsabiliza por gerir todo o serviço;
- alocação eficiente de riscos contratuais, mediante definição prévia e específica das partes que deverão suportar cada um dos eventos, superando a tradicional teoria das áleas;
- repasses públicos não são computados como despesas de pessoal para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A lógica que permeia a Lei de PPPs demanda a realização de pesadas inversões financeiras por parte do setor privado. Em razão disso, a Lei nº 11.079/04 instituiu um ambiente jurídico e econômico favorável à sua aplicação, o que fez mediante disciplina inovadora de garantias prestadas tanto pelo setor público ao setor privado quanto no vetor oposto. Sobre as garantias do parceiro privado ao parceiro público, importam os seguintes dispositivos:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...]

VIII - a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§3º e 5º do art. 56 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; [...]

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I - exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

Além disso, considerando que o parceiro privado é responsável por adiantar todo o investimento na implantação da infraestrutura, há uma espécie de garantia de cunho lógico nos contratos de PPP: a garantia de que o parceiro privado irá executar os serviços concedidos da melhor forma possível, eis que, quanto mais eficiente for, mais rápido garantirá o retorno do investimento feito no início do contrato.

Em contrapartida, sobre as garantias a serem prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado, a Lei de PPPs estipula que:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI - outros mecanismos admitidos em lei.

Entre as modalidades de garantia do parceiro público em contratos de PPP deve-se ressaltar a possibilidade de constituição de empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista) ou de fundo garantidor, especificamente vocacionados a garantir a solvabilidade financeira do Poder Público em contratos de PPP.

Tanto a empresa estatal quanto o fundo garantidor são constituídos com a finalidade precípua e exclusiva de garantir o pagamento das contraprestações assumidas pelo parceiro público em relação aos parceiros privados. São modelos semelhantes, sendo que a diferença principal reside na sua estrutura e no modo de gerenciamento de cada um.

Existem, portanto, variadas hipóteses de garantia da contraprestação devida pelo parceiro público ao parceiro privado, cabendo ao ente público a escolha da modalidade mais adequada, de acordo com sua realidade financeira. A principal vantagem da existência de tais garantias em matéria de PPPs é a consolidação normativa de um ambiente mais propício à celebração das parcerias, já que o acionamento

do fundo ou da empresa em caso de eventual inadimplemento do Poder Público contorna a sistemática dos precatórios prevista no art. 100 da CF/88. Nesse passo, ainda que sua instituição seja uma faculdade (e não um dever) do Poder Público, o fato de existir contribui para alavancar a realização dos negócios, já que assegurará ao privado investidor, no mínimo, a mitigação do crescente risco de inadimplemento pelo Poder Público.

No tocante ao regime jurídico ao qual estará submetido o concessionário privado, este é idêntico ao regime das concessões comuns de serviço público. É dizer: trata-se de um regime eminentemente de direito privado, com algumas exceções. Assim é que, por exemplo, o privado não necessita realizar concurso público para contratar seus empregados, nem licitar a aquisição de bens e serviços. Também não se submete ao teto de remuneração e à acumulação de empregos, bem como às despesas que o Poder Público possui em contratos de PPP, visto que não serão computadas para fins de incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A maior alteração no regime jurídico do concessionário fica por conta de dois fatores: (i) a responsabilidade do concessionário, que passa a ser objetiva nos termos do art. 37, §6º da Constituição;<sup>101</sup> (ii) a impenhorabilidade dos bens do concessionário que estiverem atrelados à prestação dos serviços públicos outorgados, como é o caso da assistência à saúde.

### 3.3.2.3 Cabimento das PPPs na assistência à saúde

Em face da gratuidade dos serviços de assistência à saúde prestados no âmbito do SUS, não é possível sua prestação por meio de concessão patrocinada, visto que não há possibilidade de cobrança de tarifa dos pacientes atendidos. De outra banda, é plenamente viável a utilização da modalidade de concessão administrativa para a construção/reforma/equipagem/operação de unidades voltadas ao atendimento à saúde da população. Isso porque, como visto, em tal modalidade contratual, a remuneração auferida pelo agente privado provém exclusivamente do Poder Público, com manutenção da gratuidade dos serviços.

<sup>101</sup> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.



No setor de saúde, considerando os contornos da Lei nº 11.079/04, há inúmeras possibilidades de estruturação de PPPs. Em todos os casos, deve-se atentar à necessidade de que ocorra o desenvolvimento de infraestrutura (construção, reforma ou instalação de equipamentos) adicionado da operação dessa infraestrutura.

No que tange aos serviços de operação da infraestrutura criada pela PPP, eles podem incluir, conforme previsão contratual:

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

Por tratar-se de serviços de natureza e complexidade bastante diversa, são mais comuns ao redor do globo a celebração de contratos de concessão administrativa com objeto restrito à operação dos serviços de apoio, conhecidos como serviços “bata cinza”.<sup>102</sup> Em muitos lugares, quando a realidade assim o exige, costuma-se celebrar outra modalidade de contrato com a iniciativa privada para a gestão dos serviços clínicos (como exemplo, o contrato de gestão). Em tais locais, a estrutura pública de prestação de serviços de saúde é administrada por dois prestadores privados, com atribuições diversas previstas em contratos específicos.

Da experiência nacional e estrangeira com PPPs na saúde, podem ser assinalados alguns pontos positivos da iniciativa, como:

- por meio de estudo de *Value for Money* realizado pela própria Administração Pública ou por entes privados mediante PMI, é possível comparar os custos e a qualidade dos serviços se prestados diretamente pelo Poder Público com o dos serviços prestados mediante contrato de PPP;
- mobilização e atração de investimento privado, viabilizando a construção, reforma e implantação imediata de unidades de saúde, com custos ao Poder Público diluídos em até 35 anos;

<sup>102</sup> Um panorama das centenas de experiências de PPPs na saúde, tanto em âmbito internacional quanto internamente, pode ser encontrado em: MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor da saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. In: AVANZA, Clenir Sani *et al* (Orgs.). *Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso*. Vitória: Emescam, 2016. p. 215-252.

- definição estável da prestação de serviços de saúde por até 35 anos, garantindo a continuidade dos serviços e evitando os tradicionais transtornos periódicos com as substituições contratuais;
- transferência das inúmeras dificuldades gerenciais do Poder Público para o setor privado, em questões-chave;
- definição expressa e prévia dos riscos que serão assumidos por cada uma das partes, o que contribui para a minimização do custo;
- as despesas com manutenção do prédio e manutenção e reposição dos equipamentos estão embutidas no valor do contrato;
- agilidade e economia na compra de equipamentos, insumos e medicamentos;
- agilidade na substituição de profissionais e gerenciamento das escalas de plantão.

Noutro giro, a magnitude e a complexidade da avença também trazem importantes desafios e riscos à Administração Pública, em especial no que se refere (i) à dificuldade de previsão dos custos reais de operação dos serviços; (ii) à falta de estrutura e experiência técnica da Administração Pública para conduzir o processo de estruturação da PPP, bem como de seu acompanhamento e fiscalização; e, especialmente no caso da saúde, (iii) a dificuldade em se definir metas e critérios de avaliação de desempenho no que tange aos serviços assistenciais.

### 3.3.2.4 Exigência de licitação

Os contratos de PPPs devem ser precedidos de licitação na modalidade concorrência, conforme prescrição legal constante do art. 10 da Lei nº 11.079/04, que assim prevê:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I - autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no §1º do art. 4º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos

financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III - declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV - estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V - seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI - submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

VII - licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Além disso, a lei federal prevê em seus arts. 11 a 13 uma série de especificidades que devem ser observadas, além das normas gerais da Lei nº 8.666/93, em licitações de PPPs.

### 3.3.2.5 Procedimento de manifestação de interesse – PMI

De modo semelhante ao procedimento de manifestação de interesse social (PMIS), previsto na Lei nº 13.019/14, também em matéria de PPPs é possível que a Administração Pública conte com o auxílio de terceiros para a realização de estudos e projetos a serem executados em regime de parceria. A bem da verdade, desde 1995, com a edição da Lei de Concessões – Lei nº 8.987/95, há a possibilidade de a Administração

Pública selecionar estudos e projetos para posterior licitação. Trata-se do contido no art. 21 da Lei de Concessões:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

O art. 31 da Lei nº 9.074/95 traz disposição complementar:

Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

Ocorre que essas eram as únicas disposições existentes sobre o tema, que carecia de densa regulamentação – razão pela qual seguia soberana a contratação de tais projetos. A aprovação da Lei das PPPs, aliada ao incremento da atividade concessória do Estado brasileiro nos últimos anos, propiciou o surgimento de ambiente favorável à regulamentação de tal modalidade de estruturação de projetos. E tal disciplina sobreveio originariamente com o Decreto nº 5.977/2006, revogado pelo Decreto nº 8.428, de 2.4.2015, que instituiu procedimento específico para a seleção de projetos e estudos de interesse público que subsidiarão eventual processo futuro de outorga de permissão ou concessão (seja ela comum, administrativa ou patrocinada). Salienta-se que o referido procedimento recebeu a denominação de “procedimento de manifestação de interesse (PMI)”.

Na dicção do Decreto nº 8.428/15, o PMI pode ser instaurado de duas formas: pela própria Administração Pública, de ofício (o que alguns denominam “PMI espontâneo” ou simplesmente “PMI”); ou mediante provocação do particular interessado em apresentar os estudos e projetos (denominado “PMI provocado” ou “proposta não solicitada” – PNS). Compete a cada ente federativo regulamentar, em sua respectiva esfera, o PMI, de modo que a estrutura aqui analisada diz respeito estritamente ao regime do PMI em âmbito federal.

O PMI desenrola-se de acordo com a seguinte sequência de etapas principais:

- iniciativa: pode ser pública (PMI espontâneo) ou privada (PMI provocado), sendo sempre pública a definição da necessidade e conveniência de se efetuar o PMI;
- abertura: independentemente da iniciativa, ocorre mediante publicação de edital de chamamento público, que conterà as regras do procedimento;
- autorização: após o prazo consignado no edital, a Administração analisará os requerimentos de autorização para realização de estudos advindos da iniciativa privada, aprovando aqueles que estiverem de acordo com os requisitos previstos;
- acompanhamento: o Poder Público poderá realizar reuniões com a entidade privada, sempre que entender que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de projetos, levantamentos, investigações e estudos mais adequados ao projeto de PPP (art. 8º);
- avaliação: finalizado o prazo para realização dos estudos, a Administração irá, por sua conta, avaliá-los e decidir pelo seu aproveitamento ou não;
- reapresentação: se for o caso, a Administração poderá exigir que os particulares reapresentem seus estudos, caso necessitem de detalhamentos ou correções, conferindo-lhes novo prazo para tanto (art. 9º, §1º);
- seleção: ao final, a Administração selecionará aquele(s) estudo(s) que lhe parecer(em) suficiente(s) e estiver(em) em melhores condições de subsidiar a futura e eventual licitação da concessão, mediante publicação em Diário Oficial, e remunerará o(s) particular(es) interessado(s) proporcionalmente de acordo com a suficiência de seu estudo;
- revisão e solicitação de ajustes: após a seleção e até a publicação do Edital de licitação do empreendimento, a Administração poderá solicitar, do particular cujos estudos foram selecionados, a atualização, revisão, complementação ou realização de ajustes que entender necessários, sendo o particular obrigado a realizá-las – exceto se os valores que apresentar à Administração Pública para tal empreitada forem recusados (art. 1º, §2º, art. 4º, §6º e art. 15, §§5º e 6º).

Para além desse peculiar procedimento, o regime do PMI possui uma série de outras especificidades, entre as quais:

- a realização de PMI é facultativa à Administração Pública, não sendo um pré-requisito para a realização de licitação, que pode ser deflagrada sem prévio PMI;

- em sentido oposto, caso seja aberto PMI e até mesmo caso sejam selecionados estudos ao seu final, não há obrigação de a Administração Pública realizar licitação futuramente, daí não decorrendo nenhum direito de indenização aos particulares;
- a autorização para realização de estudos é conferida sem exclusividade, de sorte que pode haver competição entre vários agentes na elaboração dos estudos (daí o PMI figurar como hipótese de seleção *ex post* e não *ex ante* de estudos);
- o fato de um particular ter participado do PMI não veda que ele participe futuramente de eventual licitação para outorga da concessão;
- o particular apenas será ressarcido pela realização dos estudos caso seu trabalho seja selecionado (total ou parcialmente), e na proporção do que for aproveitado pela Administração, sendo que a remuneração ocorrerá exclusivamente por conta do particular vencedor da licitação futura para outorga da concessão;
- a Administração Pública, ao final do PMI, pode não selecionar nenhum estudo (se considerar que todos são insuficientes), selecionar um estudo em sua totalidade (se considerar que está totalmente satisfatório), ou ainda selecionar apenas parcialmente um ou mais estudos, combinando-os entre si – hipótese em que a remuneração de cada particular selecionado será proporcional ao montante aproveitado de seus estudos.

Nessa toada, constata-se a peculiaridade do PMI em face da tradicional forma de licitação para a seleção de projetos de interesse público. Há diversas vantagens do procedimento para a Administração Pública, sobretudo em matéria econômica (já que quem remunera o particular vencedor do PMI não é a Administração, e sim o vencedor da licitação a ser deflagrada – caso ela ocorra), e em matéria técnica (já que a competição entre os particulares não ocorre pelo preço e, sim, no projeto, potencializando as chances de a Administração receber diversos projetos e selecioná-los em vez de contratar apenas um).

Como pontos negativos do PMI, costuma-se apontar a possível ocorrência de vantagem competitiva do ente privado que elaborou o projeto escolhido no PMI. Tal vantagem deve ser evitada e controlada por meio de atitudes como:

- publicação e ampla divulgação de todos os atos do processo;
- respeito aos prazos de publicação dos documentos para consulta pública;

- profissionalização dos membros do conselho gestor, que devem ter condições técnicas de avaliar as propostas e consolidá-las no futuro edital de licitação;
- convite a entes de controle externo para participar de reuniões e acompanhar a tomada de decisões;
- eventual contratação, mediante licitação, de uma empresa especializada no objeto da licitação, para fazer a avaliação dos trabalhos apresentados e a estruturação final do modelo de parceria a ser licitado.

Em qualquer caso, deve-se ressaltar que a avaliação, escolha e decisão por um modelo de parceria é competência exclusiva da Administração Pública, que deve ter condições técnicas para decidir motivadamente pela modelagem escolhida e assim levá-la para licitação pública.

### 3.3.2.6 Providências para a celebração de PPPs pelos municípios

Os contratos de parceria público-privada envolvem, como já visto, objetos de alta complexidade e grande valor. Por isso, as providências a serem tomadas pelo município interessado em celebrar contratos de parceria público-privada são bastante específicas e devem ser seguidas à risca, sob pena de inviabilização de todo o processo de contratação. Nesse flanco, pode-se dizer, de modo sintetizado, que o íterim a ser percorrido pelo ente municipal compreende:

- edição de lei municipal específica que implemente o programa de parcerias público-privadas em nível local;
- regulamentação, por lei ou decreto, dos temas mais sensíveis da lei, a saber: (a) conselho gestor – órgão de direção e deliberação a respeito das PPPs, formado por representantes de diversos setores da Administração Pública Municipal; (b) sistema especial de garantias – responsável por garantir as contraprestações públicas, reforçando a atratividade da parceria; (c) PMI (procedimento de manifestação de interesse) – procedimento destinado à participação da iniciativa privada na realização de estudos, projetos e levantamentos que poderão subsidiar os processos de outorga de uma PPP;
- definição das áreas de interesse municipal na celebração das PPPs;

- caso o município tenha interesse em obter junto à iniciativa privada projetos, estudos, minutas e demais elementos para delimitar o futuro processo de licitação da PPP, confecção de edital e deflagração do PMI;
- recebimento dos estudos, análise e julgamento do PMI;
- compilação dos dados, revisão, eventual pedido de ajustes e preparação da licitação;
- parecer atestando a viabilidade (técnica, econômica e jurídica) da licitação;
- realização de consulta pública a respeito da minuta do edital de licitação;
- publicação do edital, condução do processo de licitação, e julgamento;
- após a constituição, pelo vencedor da licitação, de SPE – sociedade de propósito específico, celebração do contrato de PPP e início da execução;
- fiscalização da execução do contrato, com pagamento variável mês a mês mediante aferição do atendimento, pelo parceiro privado, dos índices quantitativos e qualitativos de desempenho fixados no contrato.

Por fim, deve-se assinalar que nas parcerias na saúde é aconselhável também a consulta ao conselho municipal de saúde, bem como a outros órgãos de fiscalização e controle.

### 3.3.2.7 Questões controvertidas: o limite de despesas com contratos de PPP

São várias as questões controvertidas a respeito das PPPs, a exemplo de seu cabimento para prestação de serviços de saúde. O julgamento da ADI nº 1.923 e do RE nº 581.488 pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, esvaziou o conteúdo da discussão, sendo assente de dúvidas a juridicidade da PPP para outorgar a exploração de serviços públicos de saúde – ainda que apenas em sua modalidade de concessão administrativa. O exemplo tem sido utilizado com sucesso no Brasil (a exemplo do Hospital do Subúrbio em Salvador), e já é bastante difundido no mundo.<sup>103</sup> Note-se, outrossim, que o tema da viabilidade jurídica das parcerias na saúde foi tratado no item 1.10.

<sup>103</sup> Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 9-42, jan./jun. 2014.



Um ponto específico, bastante discutido na Lei das PPPs, refere-se à impossibilidade de o ente federativo receber transferências voluntárias da União se os gastos com PPP ultrapassarem 5% (cinco por cento) das receitas correntes líquidas auferidas pelo ente federativo em questão. Tal limitação, a depender da realidade do ente político, constitui importante baliza orçamentária para as PPPs em nível local. O tema é tratado no art. 28 da Lei nº 11.079/04, que assim prescreve:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

De acordo com o artigo em referência, são de duas ordens as condições para a restrição de transferência voluntária e concessão de garantia pela União:

- soma das despesas de caráter continuado exceder 5% da RCL observada do exercício anterior – regula a relação entre a receita presente e as despesas com a contratação da PPP;
- soma das despesas de caráter continuado dos 10 anos subsequentes exceder 5% da RCL estimada para os respectivos exercícios subsequentes – regula a relação entre as despesas futuras do ente federado, decorrentes dos contratos de PPP celebrados ou em vias de o serem, e as projeções da RCL no horizonte de dez anos.

A dicção literal do dispositivo em comento pode, como dito acima, inviabilizar a contratação de parcerias público-privadas em nível municipal, razão pela qual sua interpretação deve ser promovida de modo sistemático.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que a Administração Pública já incorre em gastos no custeio de determinados serviços que são prestados à população (saúde, educação etc.) e, nesses casos, pode legitimamente optar por transferir tais atividades ao setor privado sem que disso resulte a criação de novas despesas, e sim apenas o seu remanejamento. Ora, se a celebração da PPP não importar a criação de

despesas novas por parte do ente federativo, e sim simplesmente sua transferência à outra fonte, não há porque vincular o valor do contrato nestes casos à limitação carreada no art. 28 da Lei nº 11.079/04.

Nesse passo, veja-se que a redação do art. 28 da Lei de PPP destaca que, para fins de cálculo do montante de recursos comprometidos em face da RCL, serão considerados apenas os gastos que sejam derivados dos contratos de PPP (“[...] soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas [...]”). O sentido do vocábulo “derivado” utilizado pelo legislador é evidente: somente despesas novas, oriundas, provenientes, derivadas do contrato de PPP é que devem ser contabilizadas no cômputo da limitação legal imposta pelo art. 28. Se já há um gasto público com saúde, por exemplo, remanejar tal despesa para a realização de uma PPP em substituição à prestação estatal é ato discricionário da Administração Pública, não sujeitando tal gasto ao percentual do art. 28 da Lei nº 11.079/04. Isso porque nesse caso não haverá criação de nova despesa derivada da PPP, apenas deslocamento da despesa para outro campo.

Milita em favor desse entendimento a análise da complexa sistemática de remuneração do concessionário nas PPPs. Dita remuneração geralmente engloba duas parcelas básicas: (i) cobertura dos investimentos efetuados pelo parceiro privado e (ii) remuneração pelo serviço prestado. O primeiro elemento, relacionado à cobertura de investimentos, trata de gastos de capital que abrangem obras (construção, reconstrução, reforma etc.), aquisição de equipamentos e todo tipo de intervenção que é pressuposto para a disponibilização e continuidade do serviço. O segundo elemento trata da remuneração do concessionário pela execução dos serviços contratados, ou seja, destina-se ao custeio dos gastos operacionais envolvidos no projeto. Daí que o capital associado ao aporte de recursos não se confunde com as contraprestações periódicas pagas pelo parceiro público durante a vigência do contrato (essas, sim, “despesas de caráter continuado”).

O primeiro elemento (gastos de capital) tem nítida origem no contrato de PPP; trata-se de um elemento novo de despesa até então inexistente, que foi derivado da assinatura do contrato (e que, portanto, computa na limitação do art. 28). De forma diversa, o segundo elemento (remuneração dos serviços prestados) não segue a mesma lógica, fazendo-se necessário verificar se a despesa em questão já era total ou parcialmente incorrida pelo poder concedente no custeio daquelas atividades, caso em que não haverá criação de despesa nova (e, portanto,

não computará na limitação do art. 28). A interpretação aqui defendida é reforçada ao se tomarem como referência os contratos de PPP versando sobre execução de obras e serviços na área de saúde, a qual têm despesas constitucionalmente vinculadas, ou seja, que devem ser despendidas independentemente da configuração jurídica do modelo escolhido para sua viabilização.

Em segundo lugar, deve-se dar adequada interpretação à expressão “despesas de caráter continuado” para fins de incidência da limitação disposta no artigo em comento. Vale aqui repisar a bipartição da remuneração do concessionário em (i) cobertura dos investimentos, e (ii) remuneração pelo serviço prestado. Nesse espectro, é conveniente frisar que a cobertura de investimentos realizados em PPPs pode se dar tanto (a) por intermédio do pagamento mensal ao concessionário, embutido no valor da parcela, quanto (b) por intermédio da figura que se denomina aporte, conforme art. 6º, §2º da Lei de PPP:

§2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

O aporte de recursos pode ocorrer tanto em um ato único quanto pode ser desembolsado em momentos específicos, em atenção ao cronograma de investimentos do projeto e ao regramento contido no contrato de concessão (art. 5º, XI da Lei de PPP). Quer dizer: o aporte abrange apenas um ou alguns poucos marcos temporais, e por isso não é dotado de continuidade e de regularidade, características inerentes às demais contraprestações.

Da própria natureza e função do aporte (remunerar inversões financeiras), portanto, denota-se que ele não constitui despesa de caráter continuado, já que não implica comprometimento contínuo e permanente da receita orçamentária do ente federativo. Algo muito diverso ocorre com a remuneração mensal do concessionário – esta, sim, efetuada regularmente e, portanto, caracterizável como despesa de caráter continuado.

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal afirma que as despesas continuadas só serão assim interpretadas se obrigarem a Administração Pública por mais de dois exercícios, conforme seu art. 17:

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

Ora, a preocupação do legislador com a edição do art. 28 da Lei de PPP torna nítido que os gastos que não figurarem como “despesa de caráter continuado” não incidirão para o cômputo da restrição legal. Assim, como a figura do aporte de recursos prevista no art. 6º, §2º da lei não constitui despesas de caráter continuado, não pode ser computada para fins de aferimento da limitação do art. 28 da Lei nº 11.079/04.

De todo o modo, deve-se ressaltar que não há consenso acerca da aplicação do disposto no art. 28 da Lei nº 11.079/04, acima transcrito, razão pela qual é conveniente, até que haja tal consenso, a observância do limite nele previsto.

## APONTAMENTOS FINAIS

A garantia do direito à saúde depende da materialização de uma série de ações e serviços públicos de saúde (ASPS), entre os quais estão inseridos os serviços de assistência hospitalar, ambulatorial e domiciliar, objeto específico deste estudo. Trata-se de um enorme desafio, inserido no âmbito de competência dos municípios, os quais devem adotar as medidas administrativas mais adequadas à sua efetiva disponibilização aos cidadãos.

Mais do que apontar soluções, a presente obra objetivou apresentar as alternativas previstas no ordenamento jurídico pátrio, acompanhadas de sugestões, críticas e cuidados a serem levados em conta pelos gestores públicos e procuradores jurídicos para a tomada de decisões. Apenas por meio do estudo, conhecimento e discussão, torna-se possível, à luz da realidade de cada município, a definição do modelo de prestação de serviços mais adequado ao atendimento da saúde da população.

A defesa do direito fundamental à saúde não pode ser resumida a uma disputa entre estatização e privatização. Isso porque a defesa do direito fundamental à saúde exige a adoção, nos termos da Constituição e da lei, de modelos de ação pública que garantam com máxima efetividade o provimento de serviços assistenciais de saúde.

Qualquer que seja o modelo adotado, é mister sublinhar a importância de se promover a interlocução do Poder Executivo com os cidadãos, com o Poder Legislativo, com o conselho municipal de saúde e demais entidades representativas e com os órgãos de fiscalização. O debate de ideias em um ambiente de transparência é essencial para a legitimidade de qualquer decisão política, especialmente em um setor sensível como o da saúde pública.

Tanto na prestação estatal, quanto na prestação privada de serviços assistenciais de saúde, deve-se atentar para a necessidade de respeito aos princípios e diretrizes do SUS, bem como para a importância da atuação contínua e permanente dos órgãos de controle interno do município e, no caso das parcerias, das comissões específicas de avaliação.

Oxalá os municípios brasileiros, cada vez mais, deem conta de garantir esse que é o mais importante de todos os direitos, seja por meio de sua própria estrutura, seja por meio de parcerias legítimas, transparentes e efetivas.

## REFERÊNCIAS

---

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos B. Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O regime jurídico das organizações sociais e a sua contratação pelo Poder Público mediante dispensa de licitação. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n. 219.900/RS. Rel. Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, j. 4 jun. 2002. *Diário de Justiça da União*, 16 ago. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 24427*. Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 30 ago. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 101.126/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 24 out. 1984. *Diário de Justiça da União*, 1º mar. 1985.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 101.126/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 24 out. 1984. *Diário de Justiça da União*, 1º mar. 1985.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 581.488/RS. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli. *Diário de Justiça da União*, 8 abr. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.057*. Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, 10 out. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 726/2014*. Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, 26 mar. 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CASTRO, Rodrigo Pironi A. de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- CNJ. *Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>.

CONILL, Eleonor Minho. Sistemas comparados de saúde. In: CAMPOS, Gastão W. de Souza *et al.* *Tratado de saúde coletiva*. Rio de Janeiro: Hucitec, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

DOCTEUR, Elizabeth; OXLEY, Howard. *Health-care systems: lessons from the reform experience*. Paris: OECD, 2003.

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

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

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

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton and Company, 2000.

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

LOUREIRO, João Carlos S. G. Direito à (proteção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v. 1.

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

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo H. Justino (Coord.). *Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor da saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. In: AVANZA, Clenir Sani *et al* (Orgs.). *Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso*. Vitória: Emescam, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias público-privadas no setor de saúde: viabilidade econômica e estabilidade jurídica. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 9-42, jan./jun. 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, v. 1, jul./dez. 2012.



MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Gustavo H. Justino. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXI, n. 9, p. 1010-1025, set. 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Chamamento público para parcerias sociais: comentários à lei n. 13.019/2014. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 2, p. 453-473, 2016.

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

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova Lei de Organização Administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a parte geral da lei das parcerias público-privadas. *Revista dos Tribunais*, v. 848, n. 11, jun. 2006.

MOTTA, Fabricio (Org.). *Concurso público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PAIM, Jairnilson Silva *et al.* *O que é o SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RAMON DIAZ, Jose. *Estado social e derechos de prestacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

REIS, Thiago. Saúde é o principal problema citado em todas as capitais, aponta Ibope. *Globo.com*, 4 set. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/blog/eleicao-2016-em-numeros/post/saude-e-o-principal-problema-citado-em-todas-capitais-aponta-ibope.html>>.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTOS, Lenir. Administração Pública e a gestão da saúde. In: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.). *Gestão pública e relação público-privada na saúde*. Rio de Janeiro: CEBES, 2010.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento n. 627.715-5/3-00 – SP*. Rel. Des. Lineu Peinado, 7 ago. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHULZE, Clenio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. *Empório do Direito*, 24 out. 2016. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>>. Acesso em: 30 out. 2016.

SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundações governamentais. *Revista de Direito Público*, n. 97, p. 86-93, 1991.

WORLD BANK. *Report n. 36601-BR: governance in Brazil's Unified Health System (SUS) raising the quality of public spending and resource management*. 2007. Disponível em: <[wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/03/06/000090341\\_20070306085417/Rendered/PDF/366010BR.pdf](http://wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/03/06/000090341_20070306085417/Rendered/PDF/366010BR.pdf)>.

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



Esta obra foi composta em fonte Palatino Linotype, corpo 10  
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa)  
pela Gráfica e Editora O Lutador, em Belo Horizonte/MG.