

VOLUME 2

---

Monica Spezia Justen

Cesar Pereira

Marçal Justen Neto

Lucas Spezia Justen

Coordenação Geral

# UMA VISÃO HUMANISTA DO DIREITO

Homenagem ao  
Professor

## MARÇAL JUSTEN FILHO

Filosofia e Teoria Geral do Direito

Direito Constitucional

Licitações e Contratações Administrativas

Direito Tributário

Coordenação Temática

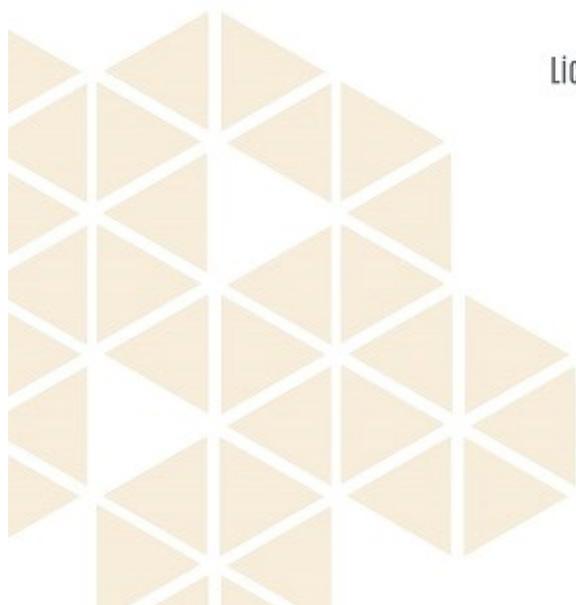
Alexandre Wagner Nester

Betina Treiger Gruppenmacher

Clémerson Merlin Clève

Egon Bockmann Moreira

Guilherme F. Dias Reisdorfer



**FORUM**

UMA VISÃO HUMANISTA DO DIREITO  
HOMENAGEM AO PROFESSOR MARÇAL JUSTEN FILHO

MONICA SPEZIA JUSTEN

CESAR PEREIRA

MARÇAL JUSTEN NETO

LUCAS SPEZIA JUSTEN

*Coordenação Geral*

UMA VISÃO HUMANISTA DO DIREITO  
HOMENAGEM AO PROFESSOR MARÇAL JUSTEN FILHO

Volume 2

**Filosofia e Teoria Geral do Direito**

Coordenação temática: Guilherme F. Dias Reisdorfer

**Direito Constitucional**

Coordenação temática: Clèmerson Merlin Clève

**Licitações e Contratações Administrativas**

Coordenação temática: Alexandre Wagner Nester e Egon Bockmann Moreira

**Direito Tributário**

Coordenação temática: Betina Treiger Gruppenmacher

Belo Horizonte

**FORUM**

CONHECIMENTO JURÍDICO

2025

# COMPLEMENTARIDADE E DISCRICIONARIEDADE PARA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE

FERNANDO BORGES MÂNICA

*“É fundamental eliminar o preconceito de que as organizações estatais possuem justificativa de existência em si mesmas. O Estado não existe para satisfazer suas estruturas burocráticas internas nem para realizar interesses exclusivos de uma classe dominante (qualquer que seja ela). (...)*

*O direito administrativo – e o Estado, assim como outras instituições não governamentais que desempenham atividades similares – somente se justificam como instrumentos para a realização de direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. (...)*

*O direito administrativo disciplina a atividade administrativa de satisfação dos direitos fundamentais, seja ela desempenhada pelo Estado ou por entidades não estatais. O relevante, portanto, é a natureza da atividade e os fins a que ela se norteia, não a qualidade do sujeito que a desenvolve”.<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

É possível que um município seja obrigado a realizar concurso público para contratação de médicos e equipe de enfermagem para um hospital municipal, uma unidade de pronto atendimento ou uma unidade básica de saúde em vez de celebrar contrato de gestão para que uma organização social gerencie a unidade?

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3-4.

O Supremo Tribunal Federal respondeu recentemente a essa pergunta ao julgar um recurso extraordinário interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia determinado, em ação civil pública, que o Município do Rio de Janeiro suprisse o déficit de pessoal em determinado hospital por meio da realização de concurso público.

A resposta do STF foi dada por meio da tese de repercussão geral relativa ao Tema 698, segundo a qual, nos serviços públicos de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais e OSCIPs.<sup>2</sup>

Apesar da clareza e especificidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda persistem dúvidas sobre a aplicação de restrições normativas relacionadas à participação privada complementar no Sistema Único de Saúde. Essas dúvidas dizem respeito à viabilidade de o Poder Público celebrar contratos de gestão com organizações sociais no setor de saúde.

Nesse cenário, são frequentemente ajuizadas ações civis públicas, bem como são propostos termos de ajustamento de conduta, representações e tomadas de contas com fundamento em suposto impedimento normativo à celebração de contratos de gestão. O pressuposto de direito de tais iniciativas reside na natureza complementar da participação privada nos serviços públicos de saúde, prevista no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal e que, supostamente, limita a margem de discricionariedade do gestor público em optar pela gestão de unidades de saúde por organizações sociais.

O presente artigo objetiva analisar em que medida a disciplina constitucional, legal e infralegal da complementaridade da participação da iniciativa privada no SUS restringe a competência discricionária do gestor público em adotar o modelo de gestão por meio de organizações sociais. Para tanto, busca-se interpretar os dispositivos normativos que tratam do tema em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, representada, sobretudo, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923, pelo Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (RE) nº 581.488 e pelo Tema 698 da Repercussão Geral, anteriormente colacionado.

## 2 A complementaridade na CF/88 e na Lei Orgânica do SUS

A relação público-privada na prestação de serviços de saúde é tratada pelos artigos 197 e 199, §1º, da Constituição Federal,<sup>3</sup> cuja interpretação conjugada traz as seguintes hipóteses de atuação no setor de saúde:

<sup>2</sup> Tema 698: “1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 684.612/RJ*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Acesso em: 19 jul. 2024.

<sup>3</sup> 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

- 1) Conforme o artigo 197, compete ao Poder Público atuar direta (pela própria Administração Pública) ou indiretamente ('através de terceiros') na execução de ações e serviços públicos de saúde.
- 2) Conforme prevê o parágrafo único do artigo 199, na atuação estatal 'indireta', as instituições privadas podem participar de modo 'complementar' ao SUS, por meio de contratos de direito público ou de convênios.
- 3) Conforme parte final do artigo 197 e *caput* do artigo 199, as pessoas físicas e jurídicas de direito privado ('iniciativa privada') podem prestar serviços de saúde de modo autônomo ao Poder Público, sendo por ele regulamentados, fiscalizados e controlados.

Serviços de saúde configuram, pois, atividade econômica de natureza social ('relevância pública'), cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a iniciativa privada. Sua execução pode ser efetivada (i) autonomamente pelo Poder Público, (ii) autonomamente pela iniciativa privada e (iii) consensualmente por ambas. Isso ocorre porque quanto mais prestadores houver, mais bem atendido, tendencialmente, será o direito fundamental à saúde.<sup>4</sup>

No que toca à prestação consensual, a primeira questão a ser respondida refere-se à existência ou não de uma preferência constitucional pela execução direta dos serviços públicos de saúde. Isso porque, se de um lado, a dicção do artigo 197 apenas prevê as duas hipóteses ('diretamente ou através de terceiros'), de outro, o parágrafo primeiro do artigo 199 dispõe que a participação privada ocorrerá 'de forma complementar ao SUS'. Assim sendo, essa forma complementar implica preferência pela prestação estatal direta em detrimento da indireta?

Para responder essa questão, deve-se ter em mente que a locução 'complementar' indica em termos linguísticos algo que se adiciona a uma coisa já existente. Nesse sentido, considerando que o sistema único de saúde é integrado por uma série de competências e órgãos encarregados das atividades de planejamento, gestão, fiscalização, controle, regulação e prestação de serviços assistenciais, é natural que qualquer participação privada complemente esse sistema criado pela própria Constituição em seu artigo 198.<sup>5</sup>

Nesse sentido, a participação privada complementar ao SUS não tem a conotação de que os serviços de saúde serão prestados preferencialmente pelo Poder Público e, tampouco, que a iniciativa privada poderá participar de forma subsidiária do SUS. Em suma, a participação privada nos serviços de saúde será sempre complementar ao sistema único de saúde, independentemente da proporção dos serviços públicos assistenciais prestados indiretamente pela iniciativa privada (1% ou 99%).

---

de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (...) 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.

<sup>4</sup> Sobre as esferas de titularidade na CF/88, conferir: MÂNICA, Fernando; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 11-26. Disponível em: <https://fernandomanica.com.br/nossos-livros/>. Acesso em: 14 maio 2024.

<sup>5</sup> 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.

Esse raciocínio restou acolhido no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, tanto em 2015 no julgamento da ADI nº 1.923, que questionava a lei federal de organizações sociais, quanto em 2016 no julgamento do RE nº 581.488, em que se discutia a possibilidade de diferenciação de classes em serviços próprios do Estado e em serviços prestados pela iniciativa privada vinculada ao SUS.<sup>6</sup>

Já no plano infraconstitucional, a complementaridade possui outros contornos. Isso ocorre porque a regulamentação do parágrafo primeiro do artigo 199 da CF/88, dada pelo artigo 24 da Lei Orgânica da Saúde – LOS (Lei Federal nº 8.080/90), bem como sua disciplina infralegal, traz alguns requisitos específicos a serem preenchidos para que reste autorizada a celebração de ajustes com entidades privadas para a prestação de serviços públicos de saúde.

Aqui reside o tema central para a compreensão da complementaridade no SUS. É dizer, os requisitos da complementaridade trazidos pela Lei nº 8.080/90 referem-se à hipótese distinta daquela materializada pelos contratos de gestão com organizações sociais – e, também pelas concessões administrativas, disciplinadas pela Lei Federal nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs).

### 3 Os dois modelos de complementaridade

Sob a perspectiva histórica, a complementaridade prevista na Constituição Federal diz respeito a uma das hipóteses da participação privada no SUS. Por meio dela, o Poder Público celebra ajustes contratuais ou conveniais com o objetivo de agregar serviços privados já existentes ao sistema único de saúde.

Após longas discussões na VIII Conferência Nacional de Saúde e na Assembleia Nacional Constituinte, prevaleceu o entendimento de que as estruturas privadas de saúde, à época da CF/88 muito mais numerosas que as estruturas públicas, poderiam colaborar com o Poder Público no atendimento de pacientes SUS. Restou expressamente prevista, portanto, a possibilidade de complementação das ações e serviços disponibilizados diretamente pelo SUS por meio da contratualização com a iniciativa privada.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Confira-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado na ADI nº 1.923 acerca da proporção entre a prestação estatal e privada dos serviços de saúde: “Disso se extrai que 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 OSs, 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.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF*. Rel. designado: Min. Luiz Fux, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>. Acesso em: 19 jul. 2024. De igual modo, os objetivos da atuação complementar privada no SUS foram assim referidos no voto vencedor do RE nº 581.488, que analisou a possibilidade de diferenciação de classes nos atendimentos prestados pelo SUS em instituições públicas e privadas: “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. (...) 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. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 581.488/RS*. Relator: Min. Dias Toffoli, 8 abril 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604151>. Acesso em: 19 jul. 2024.

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. VIII Conferência Nacional de Saúde. *Relatório final*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8\\_CNS\\_Relatorio%20Final.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf). Acesso em: 22 maio 2024.

Esse modelo originário de complementaridade, segundo o Texto Constitucional, materializa-se por meio da celebração de:

- 1) Contratos administrativos (denominados no texto constitucional de ‘contratos de direito público’) com empresas ou instituições privadas que passam a vender serviços ao SUS, como consultas, exames e procedimentos; e
- 2) Convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, para que elas passem a atender em suas unidades de saúde, integral ou parcialmente, pacientes do SUS. Esta última hipótese corresponde ao caso típico dos convênios com as Santas Casas e hospitais filantrópicos, que atuam no Brasil desde o século XVI.

Esse modelo original de participação privada no SUS é aqui denominado ‘complementaridade externa ou de serviços’, pois tem como objetivo agregar novas estruturas públicas e oferecer novos serviços aos pacientes do SUS.

A complementaridade externa ou de serviços materializou-se durante algum tempo apenas por meio dos contratos administrativos e dos convênios. Mais recentemente foram criados outros modelos de ajuste com a mesma finalidade dos convênios, como os termos de parcerias com OSCIPs e os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação com OSCs. Tais ajustes instrumentalizam parcerias caracterizadas pela soma de esforços com vistas ao atingimento de uma finalidade comum, mediante incentivo financeiro do Poder Público para que OSCIPs ou OSCs atendam em suas próprias estruturas pacientes do SUS.<sup>8</sup>

Hipótese diversa ocorre com os contratos de gestão com Organizações Sociais (espécie do gênero ‘convênios’) e com as concessões administrativas (espécie do gênero ‘contratos de direito público’).<sup>9</sup> A grande novidade desses dois novos modelos de ajuste consiste justamente no trespasse da gestão de toda uma estrutura pública de saúde – já existente ou a ser construída/reformada/equipada – a uma entidade privada sem fins ou com fins lucrativos, respectivamente. Como dito, tais instrumentos de gestão pública apenas recentemente foram instituídos por lei e, ainda mais recentemente, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como instrumentos passíveis de utilização no setor de saúde pública.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Alguns entes federativos têm utilizado os termos de colaboração com OSCs como sucedâneos dos contratos de gestão. O objetivo declarado para tal opção consiste na suposta restrição à competitividade trazida pelo processo de qualificação como organização social, o que restringiria a competitividade. Não obstante, entende-se neste trabalho que a qualificação é etapa fundamental do processo de escolha de uma entidade parceira; que a ampliação irrestrita da competitividade não sempre traz benefícios à prestação de serviços no SUS, pois permite a participação de entidades sem a devida aptidão; que a Lei nº 13.019/14 não prevê a cessão de uso de bens públicos, muito menos afasta o dever de licitação para que isso ocorra; que o Poder Legislativo de cada ente federativo precisa discutir o tema do trespasse de estruturas públicas para gerenciamento privado, o que demanda lei própria. Portanto, tem-se neste trabalho a concepção de que há diversas hipóteses de parcerias a serem adotadas pelo Poder Público, mas finalidades específicas a cada uma delas, não restando ao gestor público autonomia discricionária para celebrar uma por outra, em afronta à própria legislação de cada uma delas.

<sup>9</sup> Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. Taxonomia da contratualização pública no Brasil: uma proposta de sistematização das parcerias com o terceiro setor. *RDPE – Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 119-137, abr./jun. 2019.

<sup>10</sup> O principal divisor de águas sobre o tema foi o julgamento de mérito da ADI nº 1.923, ocorrido em 2015.

O contrato de gestão materializa, portanto, não uma complementação de serviços, mas uma modernização dos mecanismos de ação estatal em suas próprias unidades de saúde. Dentre as hipóteses aventadas no excerto já colacionado, o contrato de gestão nem sempre visa “ampliar ou completar”, mas “intensificar” os serviços de saúde no âmbito do SUS.

Ainda que ambas as hipóteses envolvam a participação privada complementar ao SUS, a causa do negócio jurídico nos contratos de gestão difere dos demais modelos de relação convencional. Por isso, o contrato de gestão não instrumentaliza ‘complementaridade externa ou de serviços’, mas ‘complementaridade interna ou de gestão’, por meio da qual os serviços próprios do Poder Público passam a ser gerenciados por instituições privadas, mantendo seu atendimento integralmente dedicado a pacientes SUS.

Nesse cenário, os critérios da Lei nº 8.080/90 incidem apenas sobre a complementaridade externa ou de serviços. Isso porque os condicionamentos trazidos pela regulamentação do SUS apresentam incompatibilidade histórica, lógica e jurídica em face da celebração de contratos de gestão com organizações sociais.

#### 4 A Lei Orgânica da Saúde (LOS) e sua regulamentação: a complementaridade externa ou de serviços

Logo após a promulgação da CF/88, a Lei Orgânica da Saúde regulamentou o parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição, trazendo um condicionamento à contratação de serviços privados em caráter complementar ao SUS. Trata-se da ‘insuficiência de disponibilidades do SUS para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área’. Veja-se:

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.

Como se percebe, a LOS trouxe uma restrição em sua hipótese legal (‘insuficiência da disponibilidade’) para fins de incidência de seu mandamento (‘recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada’).

Dessa análise, pode-se concluir, sem qualquer margem de dúvida, que uma vez configurada no mundo fático a hipótese de insuficiência da disponibilidade para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, incide no mundo jurídico o mandamento segundo o qual é possível que o Sistema Único de Saúde recorra aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

A dicção legal é clara. A Lei nº 8.080/90 condiciona a hipótese de contratação pelo SUS de ‘serviços ofertados pela iniciativa privada’. Se os serviços são ofertados pela iniciativa privada, eles logicamente são prestados em sua própria estrutura privada, cuja estrutura passa, por meio do contrato de direito público ou do convênio, a atender parcial ou integralmente pacientes do SUS ampliando sua capacidade instalada.

Essa interpretação é reforçada pela Portaria MS nº 1.034/10, que regulamentou o artigo 24 da Lei nº 8.080/90, trazendo novos requisitos para a contratação de serviços privados complementares ao SUS.

Art. 2º Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

- I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde; e
- II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

Na mesma linha, a Portaria de Consolidação MS 1/2017, resultado da conversão da Portaria MS nº 2.567/16, que revogou a Portaria nº 1.034/10, assim dispõe:

Art. 130. Nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde pública próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada.

Resta evidenciado, como se percebe, que a regulamentação legal e infralegal da complementaridade na saúde corresponde à contratação de serviços privados de assistência à saúde pelo SUS. Essa contratação pode ocorrer apenas quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantia da cobertura assistencial (Lei nº 8.080/90) e desde que comprovada a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde (atual Portaria de Consolidação nº 01/17).

Para que não haja dúvidas em relação à racionalidade da regulamentação sob análise, o artigo 129 da Portaria de Consolidação MS nº 01/17, por exemplo, trata de visita técnica a ser realizada pelo poder público anteriormente à contratação complementar de serviços privados, com o objetivo de identificar e avaliar a capacidade física e operacional e a qualidade das ações e dos serviços prestados. Capacidade essa que será, eventualmente, agregada ao SUS com o objetivo de ampliar ou completar sua disponibilidade de serviços. Daí a denominação aqui proposta de qualificar essa complementaridade como 'externa ou de serviços'.

Apresenta-se, pois, lógica e racional a exigência de que a contratação de um serviço externo ao SUS – seja um hospital filantrópico ou um laboratório, por exemplo – apenas ocorra (i) quando haja necessidade da incorporação de tais serviços ao SUS, e (ii) após avaliação quanto à impossibilidade de criação ou ampliação de um serviço próprio do Poder Público na respectiva região de saúde. Afinal, como se sabe, um dos grandes problemas enfrentados no processo de criação do SUS foi a contratação de serviços privados pelo INAMPS, os quais eram rentáveis às empresas contratadas, mas nem sempre necessários à população atendida. Entrementes, não é o que ocorre nos contratos de gestão.

## 5 Complementaridade interna ou de gestão: os contratos de gestão com organizações sociais

O contrato de gestão corresponde ao vínculo por meio do qual uma entidade privada qualificada como organização social recebe o repasse de recursos financeiros, humanos e materiais para gerir estruturas públicas em setores como o de saúde.<sup>11</sup>

Os contratos de gestão com organizações sociais não têm, portanto, como função agregar serviços privados ao SUS de modo a complementá-lo. Ao revés, eles instrumentalizam o particular a assumir a gestão de um serviço público, financiado com recursos públicos, prestado em estrutura pública, para usuários 100% públicos e com observância de todos os princípios do serviço público.

Em tal hipótese, o poder público não recorre aos serviços privados ofertados pela iniciativa privada, como se refere textualmente o artigo 24 da Lei nº 8.080/90, a antiga Portaria nº 1.034/10 e a Portaria de Consolidação nº 01/17, mas celebra com entidade privada e sem fins lucrativos um modelo de ajuste por meio do qual atribui a ela bens, equipamentos, recursos e, por vezes, pessoal para a gestão de uma unidade pública de saúde.

O próprio Cadastro Nacional de Entidades de Saúde – CNES de uma unidade de saúde gerenciada por uma organização social permanece sob a titularidade do poder público, assim como a estrutura gerenciada pela organização social segue sendo pública. É dizer, um contrato de gestão com organização social não complementa o SUS com serviços privados, mas altera o modelo de gestão interna dos serviços públicos, que seguem sendo próprios do poder público. Em muitos casos os pacientes sequer sabem que o hospital público que lhe prestou assistência é gerenciado por uma Organização Social.

Daí que a participação das organizações sociais no SUS por meio de contratos de gestão materializa ‘complementaridade interna ou de gestão’, a qual não atrai a incidência do artigo 24 da Lei nº 8.080/90. Neste caso não são agregados serviços ao SUS, mas adotado modelo de gestão tida por mais eficiente.

Eficiência essa reconhecida pelo ordenamento brasileiro como ínsita às Organizações Sociais. Nesse sentido, é importante assinalar que o STF reconheceu não apenas a constitucionalidade do modelo de gestão da saúde por organizações sociais, mas também os motivos pelos quais tal modelo foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Confira-se passagem do voto vencedor do Min. Luiz Fux na ADI nº 1.923:

Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica, que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. (...)

(...) o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a

<sup>11</sup> MÂNICA, Fernando. *Instituições do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 129.

execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado.<sup>12</sup>

É dizer, a lógica subjacente à adoção do modelo de organizações sociais foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a opção pela intervenção indireta do Estado na prestação de serviços de saúde por meio do contrato de gestão independe de um ônus especial de motivação por parte do gestor público. Nesse plano, o ordenamento jurídico brasileiro não exige, para a tomada de decisão quanto à celebração de um contrato de gestão no setor de saúde, a comprovação, em cada caso concreto, da inviabilidade da execução direta dos serviços de saúde pelo próprio Poder Público.

Assim, as condicionantes de ‘insuficiência dos serviços próprios’ e ‘indisponibilidade de sua ampliação’ logicamente não se aplicam à celebração de contratos de gestão com organizações sociais. Afinal, por meio deles a Administração Pública busca intensificar a prestação de seus próprios serviços, que continuam integrando a própria capacidade instalada estatal. Por essa ordem de ideias, o contrato de gestão configura hipótese de complementaridade interna ou de gestão não submetida aos condicionantes da Lei nº 8.080/90 e de sua regulamentação.

A decisão administrativa pela adoção do modelo de gestão por Organizações Sociais deve seguir o procedimento previsto na própria lei federal e nas leis locais que disciplinam os contratos de gestão com organizações sociais, com observância das exigências de índole contratual, financeira e orçamentária.

Em relação ao mérito da decisão, deve atentar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), em seu artigo 20, dispõe que o gestor público não pode decidir com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, a qual deve ser motivada mediante demonstração da necessidade e adequação da medida adotada, inclusive diante de possíveis alternativas. Esse ônus, contudo, não é mais vultoso que a decisão, por exemplo, pelo abandono do modelo de gestão por organização social para a retomada da prestação direta dos serviços públicos de saúde em um hospital. Da complementaridade da participação privada no SUS não decorre qualquer exigência de tentativas prévias e infrutíferas voltadas à solução do desafio de garantir a universalização do atendimento prestado pelo SUS.

Já em relação ao processo de celebração de um contrato de gestão na área da saúde, o processo administrativo deve conter todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, incluído o estudo técnico preliminar, nos moldes disciplinados pelo art. 18 e seu §1º da nova Lei Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21).

Contratos de gestão com Organizações Sociais não complementam o sistema de saúde de um ente federativo, como fazem os contratos administrativos e as outras modalidades de convênios (convênio em sentido estrito, termo de parceria, termo de

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF*. Rel. designado: Min. Luiz Fux, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>. Acesso em: 19 jul. 2024.

colaboração e termo de fomento). Contratos de gestão materializam a gestão pública indireta de serviço próprios do Poder Público, podendo recair sobre qualquer unidade de saúde, em qualquer nível de atenção, em qualquer ente federativo que possua lei própria de organização social e decida motivadamente pela adoção do modelo.

## 6 Conclusão: complementaridade interna e a motivação necessária para o ato que decide pela celebração de um contrato de gestão no setor de saúde

A tese de que o contrato de gestão no setor de saúde seria inconstitucional por implicar substituição do Poder Público, que teria o dever constitucional de prestação direta de serviços de saúde, não prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro. Tal tese, levada ao Poder Judiciário por meio da ADI nº 1.923, ancorava-se justamente na alegação de que a participação privada no SUS poderia ocorrer apenas de forma ‘complementar’ e não ‘substitutiva’, sendo que a celebração de contratos de gestão configuraria verdadeira ‘fraude à Constituição’ e ‘burla ao concurso público’. Ao julgar improcedentes tais argumentos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu uma nova forma de participação complementar ao SUS, que não pode ser reconduzida à hipótese anterior de complementaridade disciplinada pela Lei nº 8.080/90 e aqui denominada ‘complementaridade externa ou de serviços’.

A nova forma de participação privada no SUS trouxe a possibilidade, até então desconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, de transferência da gestão dos serviços de saúde próprios do Poder Público. Tal transferência, conforme o STF, não implica enfraquecimento do Estado, mas mudança de sua forma de intervenção, que passa a ocorrer de modo indireto, por meio de fomento acompanhado de intensa regulação dos serviços, que prosseguem sendo públicos e gratuitos. Esse novo modelo de participação privada no SUS difere do anterior, razão pela qual é aqui denominado de ‘complementaridade interna ou de gestão’.

A disciplina jurídica desse novo modelo de ação estatal não é dada, por incompatibilidade lógica, histórica e jurídica, pelo artigo 24 da Lei nº 8.080/90, mas pela própria lei das organizações sociais, bem como pela legislação orçamentária e financeira, pela LINDB e pela disciplina geral das contratações públicas (Lei nº 14.133/21).

Impor ao gestor público o esvaimento de uma série de tentativas precedentes, como a realização de concurso público para médicos e enfermeiros, como se houvesse uma escala de preferência na qual o contrato de gestão fosse a última opção possível para a provisão de serviços de saúde SUS, implica desrespeito ao Texto Constitucional, à Lei das Organizações Sociais, à própria Lei Orgânica da Saúde e, ainda, ao princípio democrático e à separação de poderes.

Ao decidir no Tema 698 da Repercussão Geral que o déficit de profissionais de saúde pode ser suprido por concurso público, pelo remanejamento de recursos humanos ou pela contratação de organizações sociais, o Supremo Tribunal Federal acolheu implicitamente todas as razões que integram sua jurisprudência, a qual deve servir como paradigma para análise e interpretação de leis, atos normativos, outras decisões judiciais e opiniões doutrinárias. A compreensão das duas hipóteses de complementaridade no SUS pode ajudar nessa tarefa.

## Referências

- BRASIL. Ministério da Saúde. VIII Conferência Nacional de Saúde. *Relatório final*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8\\_CNS\\_Relatorio%20Final.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf). Acesso em: 22 maio 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF*. Rel. designado: Min. Luiz Fux, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>. Acesso em: 19 jul. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 581.488/RS*. Relator: Min. Dias Toffoli, 8 abril 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604151>. Acesso em: 19 jul. 2024.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 684.612/RJ*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Acesso em: 19 jul. 2024.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MÂNICA, Fernando; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Disponível em: <https://fernandomanica.com.br/nossos-livros/>. Acesso em: 14 maio 2024.
- MÂNICA, Fernando. *Instituições do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- MÂNICA, Fernando. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Disponível em: <https://fernandomanica.com.br/nossos-livros/>. Acesso em: 14 maio 2024.
- MÂNICA, Fernando Borges. Taxonomia da contratualização pública no Brasil: uma proposta de sistematização das parcerias com o terceiro setor. *RDPE – Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 119-137, abr./jun. 2019.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MÂNICA, Fernando Borges. Complementaridade e discricionariedade para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais de saúde. In: JUSTEN, Monica Spezia; PEREIRA, Cesar; JUSTEN NETO, Marçal; JUSTEN, Lucas Spezia (coord.). *Uma visão humanista do Direito: homenagem ao Professor Marçal Justen Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. v. 2, p. 469-479. ISBN 978-65-5518-916-2.

---