

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

CAROLINE PEREIRA OLIVETTI

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE:  
PRESTAÇÃO DIRETA E SAÚDE COMPLEMENTAR

RIBEIRÃO PRETO – SP

2014

CAROLINE PEREIRA OLIVETTI

FORMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE:  
PRESTAÇÃO DIRETA E SAÚDE COMPLEMENTAR

Trabalho de Conclusão de Curso da graduação para formação em Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

RIBEIRÃO PRETO

Fevereiro de 2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Olivetti, Caroline Pereira.

Formas de prestação de serviços de saúde: prestação direta e saúde complementar, 2014.

187 p.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Marrara, Thiago.

1. Direito à saúde 2. Saúde Pública - SUS 3. Saúde Complementar.

Nome: Caroline Pereira Olivetti

Título: Formas de prestação de serviços de saúde: prestação direta e saúde complementar.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

### **Banca Examinadora**

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, acima de todas as coisas, por me permitir percorrer todos os caminhos traçados que me possibilitaram chegar ao estudo e graduação em Direito, cujo ciclo se encerra com a apresentação do presente Trabalho de Conclusão de Curso. Sem Ele nada é possível; só podemos fazer, antes de tudo, o que Ele permite.

Aos meus pais, Rita e Társis, pelo amor incondicional, apoio contínuo, suporte de todas as formas, conselhos e, sobretudo, por destacarem que a eles importa mais minha felicidade e saúde, antes de todas as coisas. Grata a Deus pela família abençoada que me concedeu.

Aos meus amigos, tanto os da Graduação que ao meu lado percorreram esse caminho e torceram sinceramente por cada conquista, quanto aos amigos que de longe me viram travar batalhas diárias e, apesar da distância, mantiveram os laços, a confiança e o amor. Ao meu namorado que cultivou com paciência nossa relação, mesmo em muitos momentos difíceis da graduação, permanecendo ao meu lado, me amparando com muito amor.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Thiago Marrara que me deu a oportunidade de tratar de um tema de tamanha relevância social e complexidade jurídica, ao confiar na minha capacidade e conferir-me a possibilidade de ser sua orientanda.

## RESUMO

OLIVETTI, Caroline Pereira. **Formas de prestação de serviços de saúde: prestação direta e saúde complementar**, 2014. 187 p. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

A presente pesquisa perscruta a evolução do conceito de saúde, do modelo privatista e curativista, para o viés social e preventivo. Nessa conjuntura, estuda a natureza jurídica dos serviços de saúde, decorrentes do direito à saúde, enquadrado no ordenamento jurídico pátrio como direito fundamental, a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que impõe ao Estado o dever de garantir a saúde no seio da população, e da derivada Lei do SUS, que regula a prestação direta dos serviços de saúde e a participação privada na saúde pública. Nesse ponto, analisa as recentes normativas que regem a participação privada na prestação de serviços de saúde sob o manto do direito público, incluindo os instrumentos que viabilizam o ajuste entre Administração Pública e entidade privada para tanto, bem como os institutos criados por Lei que vêm sendo aplicados para formalizar esse ajuste, tal como o contrato de gestão entre Estado e Organizações Sociais e Parceiras Público-Privadas. A referida análise se faz a partir da CF/88, dos principais diplomas normativos que regulam a saúde pública e dos textos legais que introduzem novas formas de ajuste entre Poder Público e particular.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde. Saúde Pública. SUS. Saúde Complementar.

## ABSTRACT

OLIVETTI, Caroline Pereira. **Formas de prestação de serviços de saúde: prestação direta e saúde complementar**, 2014. 187 p. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

This work investigates the evolution of the concept of health, privatized model and curative, to social and preventive model. At this juncture, studies the legal nature of health services arising from the right to health, framed at national law as a fundamental right, from the 1988 Federal Constitution (FC / 88), which imposes on the State the duty to ensure the health within the population, and the consequent SUS law, which regulates the direct provision of health services and private participation in public health. At this point, analyzes recent regulations that govern private participation in the provision of health services under the guise of public law, including agreement's tools that enable the fit between public administration and private entity, as well as the institutions created by law coming being applied to formalize this setting, such as the Management Contract between the State and Social Organizations and Public-Private Partnerships' contracts. This analysis is done from the FC / 88, from the main normative acts regulating public law and legal texts that introduce new ways to adjustment between government and private health.

**KEYWORDS:** Right to health. Public health. SUS. Complementary health.

## SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO.....	5
1.1 TEMA .....	5
1.2 JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA.....	6
1.3 METODOLOGIA .....	7
1.4 ESTRUTURA RESUMIDA DOS CAPÍTULOS .....	8
CAPÍTULO 2 - DIREITO À SAÚDE.....	10
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	10
2.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE (FORMATOS): INDIVIDUAL, COLETIVO E DE DESENVOLVIMENTO .....	14
2.4 SAÚDE PÚBLICA .....	21
CAPÍTULO 3 - SERVIÇOS DE SAÚDE .....	23
3.1 NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE.....	23
3.1.1 Delimitação da natureza jurídica dos serviços públicos e investigação sobre o eventual enquadramento dos serviços públicos de saúde nessa categoria.....	23
3.1.2 Natureza jurídica dos serviços de relevância pública: os serviços de saúde no enquadramento legal.....	32
3.2 AS POSSÍVEIS ATUAÇÕES NA ESFERA DA SAÚDE NO BRASIL: ATUAÇÃO PÚBLICA (DIRETA) E ATUAÇÃO PRIVADA (SUPLEMENTAR E COMPLEMENTAR) .....	40
CAPÍTULO 4 - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS .....	42
4.1 LEGISLAÇÃO: PRINCIPAIS DIPLOMAS NORMATIVOS A RESPEITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) .....	43
4.2 SUS - ORGANIZAÇÃO .....	44
4.3 SUS – OBJETIVOS .....	48
4.4 SUS – ABRANGÊNCIA .....	49
4.5 SUS – COMPETÊNCIAS.....	51
4.6 SUS – PRINCÍPIOS.....	54
4.6.1 Universalidade .....	55
4.6.2 Gratuidade.....	55



4.6.3 Igualdade.....	56
4.6.4 Cooperação .....	58
4.6.5 Interdisciplinaridade .....	59
4.6.6 Autonomia .....	60
4.6.7 Informação.....	61
4.7 SUS - DIRETRIZES .....	62
4.7.1 Descentralização .....	62
4.7.1.1 Municipalização.....	64
4.7.2 Hierarquização.....	66
4.7.3 Regionalização.....	73
4.7.4 Integralidade .....	74
4.7.5 Participação da comunidade .....	79
4.8 ÓRGÃOS DE ARTICULAÇÃO ENTRE OS GESTORES: CIB E CIT .....	80
4.9 A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS PÚBLICOS NA SEARA DO SUS E A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO ÂMBITO DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE SAÚDE. ....	81
CAPÍTULO 5 – SAÚDE COMPLEMENTAR: PARCERIAS COM PARTICULARES .....	86
5.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - AS FORMAS TRADICIONAIS DE AJUSTE JURÍDICO ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULARES: CONTRATOS E COVÊNIOS .....	88
5.1.1 Dos contratos administrativos .....	89
5.1.2 Convênio administrativo.....	100
5.2 PORTARIA 1.034/2010 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE: LIMITES, ATRIBUIÇÕES E REQUISITOS DA INSTITUIÇÃO PRIVADA ATUANTE NA SAÚDE COMPLEMENTAR .....	110
5.3 PORTARIA 1.034/10: CONTRATAÇÃO COM ENTIDADES PRIVADAS COM FINS LUCRATIVOS NO ÂMBITO DA SAÚDE COMPLEMENTAR.....	128
CAPÍTULO 6 - ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – MODELO DE AJUSTE ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULAR NO ANO DE 1998 .....	132

6.1 CONTEXTUALIZAÇÃO – O TERCEIRO SETOR.....	132
6.2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS .....	135
6.3 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA SAÚDE PÚBLICA – SAÚDE COMPLEMENTAR.....	139
CAPÍTULO 7 - PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – MODELO DE AJUSTE ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULAR NO ANO DE 2004 .....	147
7.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS - CONTEXTUALIZAÇÃO.....	147
7.2 MODELO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – Lei 11.079/04 .....	149
7.3 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE COMPLEMENTAR.....	156
CAPÍTULO 8 - ANÁLISES E CONCLUSÕES .....	172
BIBLIOGRAFIA .....	180

## CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO

### 1.1 TEMA

A presente pesquisa tem seu cerne na análise dos embasamentos jurídicos à prestação direta (pelo Estado) da saúde pública e à prestação indireta, por instituições privadas no âmbito da Saúde Complementar, com enfoque nesta. Para tanto, pretende trabalhar sobre a estrutura jurídica da Saúde Complementar, sendo esta representada pela atuação da iniciativa privada na saúde pública brasileira, tanto no aspecto de sua infraestrutura, gestão, e principalmente, no que tange às prestações de serviço de saúde à população, com embasamento, sobretudo, Constitucional e em Leis Federais. Para tanto, o trabalho enfrenta questões concernentes à saúde como direito fundamental no Brasil, suas raízes históricas, sua interrelação com os demais direitos fundamentais assim proclamados na Constituição Federal de 1988. Aborda, outrossim, a saúde pública no Brasil materializada no Sistema Único de Saúde, instituído pela Lei nº 8.080/90 - Lei Orgânica do SUS (LOSUS), bem como sua organização, operacionalização, princípios, diretrizes e seus fundamentos jurídicos atuais, buscando destacar as formas de prestação do serviço público de saúde e sua problemática atual.

Ademais, o presente trabalho buscou delimitar e explicitar a natureza jurídica dos serviços de saúde, bem como o regime jurídico que sobre estes emana, a fim de enfrentar questão ainda não totalmente pacificada em doutrina, sobre a qual ainda paira entendimentos distintos, sobretudo no atinente às entidades que são aptas, por determinação Constitucional e legal, a atuar na esfera da saúde, e em que medida o faz. Tais estudos se revelam importantes para justificar a existência da Saúde Complementar no Brasil, bem como o seu delineamento jurídico no contexto atual.

Em caráter principal, o trabalho fora realizado no intuito de analisar e investigar a participação privada na seara da saúde pública, no âmbito do SUS, e todas as questões pertinentes ao tema, incluindo a análise da recente Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde que dispõe sobre a temática em questão, as formas de parcerias – lato senso – com entidades privadas, que vêm sendo utilizadas pelo Poder Público para prestação de serviços públicos e infraestrutura, de forma genérica, e também, especificamente, com as Organizações Sociais e o instituto da Parceria Público-Privada. Traz, por fim, indagações acerca do enquadramento da Lei das PPP na norma constante no texto Constitucional.

## 1.2 JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA

O presente trabalho é de relevância cabal para a análise do contexto atual da Saúde Pública sob o viés Constitucional e Administrativo. Isso porque a saúde pública no Brasil, institucionalizado no Sistema Único de Saúde (SUS), é regulada em Lei Federal própria, a Lei nº 8.080/90 por mandamento Constitucional vigente. Nela estão minudenciadas as formas que devem assumir a estrutura do Sistema Único de Saúde bem como a prestação dos serviços de saúde, os agentes incumbidos dessa prestação e estruturação da Saúde Pública no Brasil. Dessa forma, a concretização do fornecimento de serviços de saúde à sociedade deve estar em conformidade com essa Lei e com a Constituição Federal de 1988, bem como todos os demais textos jurídicos concomitantes ou posteriores a tais ordenamentos.

Destarte, a partir dos resultados obtidos nessa etapa do desenvolvimento da pesquisa, buscou-se:

- a) analisar o direito à saúde em abordagem histórica, mundial e nacional;
- b) apresentar a saúde como direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988 (CF/88) e determinar sua natureza jurídica;
- c) relacionar o direito à saúde com os demais direitos fundamentais instituídos na CF/88
- d) proporcionar uma visão ampla sobre a saúde pública vigente no Brasil, a partir das influências políticas, econômicas, contextuais e globais;
- e) explicitar o Sistema Único de Saúde (SUS) e a Lei que o instituiu (Lei nº 8.080/90), perquirindo seus órgãos, mecanismos de articulação, princípios e diretrizes;
- f) esquadrihar as funções, competências e atribuições do SUS;
- g) mencionar as instituições que são aptas, pela CF/88, e pela Lei nº 8.080/90, a atuar nas ações e serviços de saúde no Brasil;
- h) relacionar algumas dificuldades práticas na concretização das matérias constitucionais e legais concernentes ao direito à saúde.
- i) Examinar e explicitar o regime jurídico do Estado-contratante e das entidades de saúde complementar contratadas ou conveniadas, no intuito de compreender as especificações próprias do regime jurídico dos serviços de saúde e situá-los frente aos conceitos de serviço público, serviço privado ou serviço de interesse público.
- j) explicitar quais os instrumentos constitucionalmente previstos para formalizar o ajuste entre entidade pública e privada no âmbito da Saúde Complementar, bem como as justificativas

para tanto, e uma breve explanação sobre o regime que compreende tais instrumentos – contrato administrativo e convênio.

k) analisar a Portaria nº 1.034/10 do Ministério da Saúde (MS), em regulamentação à Lei nº 8.080/90, que revogou a Portaria nº 3.277/06 MS, trazendo, em seu âmago alguns dispositivos de conteúdo inovador, quanto às formas a que deve ater-se a iniciativa privada quando da sua participação no Sistema Complementar do SUS.

l) analisar os principais instrumentos que vêm sendo aplicados na formação dos ajustes na Saúde Complementar, em ordem cronológica e contextualizada, quais sejam, os Contratos de Gestão das Organizações Sociais, e os contratos de Concessões nas Parcerias Público-Privadas.

### 1.3 METODOLOGIA

Por meio do método dedutivo, os resultados deste relatório foram alcançados a partir da leitura e do estudo de doutrina nacional acerca do Direito Sanitário, da Saúde Pública e do SUS, dos Serviços Públicos, da atuação privada e pública no âmbito da saúde, dos instrumentos jurídicos usados pela Administração Pública para firmar ajustes com entes da Administração Pública e, principalmente, com entidades privadas, das Organizações Sociais, das Parcerias Público-Privadas, bem como por meio da leitura de artigos científicos que abordam e aprofundam alguns tópicos relacionados ao direito à saúde e à participação privada na Saúde Complementar. Foram objetos de estudos, também, cartilhas e materiais eletrônicos disponibilizados, via *internet*, pelo Ministério da Saúde.

Também se buscou em decisões jurisprudenciais e pareceres, noções e diretrizes no que concerne ao ajuste firmado entre entidade privada e Administração Pública.

Ademais, foram analisadas e comparadas legislações nacionais como Constituição Federal de 1988, a Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080/90), Norma Operacional Básica 1/96 (instituída pela Portaria nº 2.203/96), Lei de Concessões Administrativas (Lei nº 8.987/95), Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98) Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04), Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde, dentre outras.

## 1.4 ESTRUTURA RESUMIDA DOS CAPÍTULOS

Para uma melhor compreensão do trabalho e sua estrutura, faz-se um resumo do conteúdo de cada capítulo. O capítulo 2 trata do direito à saúde sob algumas acepções, como pela abordagem histórica, por meio da qual é possível extrair a origem, em termos globais, da análise da saúde no seio da sociedade, sua percepção pela coletividade – haja vista que questões de saúde são intrínsecas ao ser humano independentemente da teorização acerca delas - o início de seu estudo sociológico e tratamento jurídico. A partir de então, é possível aprofundar sobre a natureza jurídica do direito à saúde, extraindo-se o seu valor axiológico, sendo este estudo imprescindível para a apurada compreensão do tratamento Estatal – por meio de normas – com relação à saúde na sociedade. Em grau de especificação, passa-se a discutir sobre o direito à saúde o ordenamento jurídico pátrio e sua qualificação como Direito Fundamental a partir da Constituição Federal vigente, promulgada em 1988. Arremata, então, a questão da saúde pelos conceitos e concepções acerca da saúde pública.

O capítulo 3 aborda a temática dos serviços de saúde no ordenamento jurídico pátrio. Inicia – se o estudo dos serviços de saúde pelo seu enquadramento legal e sua natureza jurídica, levantando, para tanto, estudos pertinentes ao entendimento do conceito e características de serviço público e serviço de relevância pública, no seio do Direito Administrativo, a partir da Carta Magna e doutrina. A partir do entendimento consolidado acerca da concepção do serviço de saúde como serviço público e de relevância pública, foi possível encarar, nos capítulos seguintes, os aspectos da saúde complementar que se enquadram nas definições e permissões legais da atuação do particular na esfera de serviços públicos essenciais, bem como realizar indagações, nos outros capítulos sobre a Constitucionalidade de algumas formas de parcerias entre Administração Pública e particular. Segue-se adentrando às possíveis formas de atuação contingentes à saúde no seio da sociedade, pormenorizando-se a atuação pública, do Estado, ou direta, e a atuação privada, suplementar e complementar.

O capítulo 4 aborda diretamente parte do tema tratado na pesquisa (forma direta de prestação de serviço de saúde), tratando da atuação direta, do Estado, na saúde pública, por meio do Sistema instituído no Brasil que a instrumentaliza, o qual recebe a alcunha de Sistema Único de Saúde (SUS). Em consonância com o tema da pesquisa, o capítulo minudencia a organização, estrutura, princípios, diretrizes, forma de gestão que compõem e

caracterizam o SUS, em sua existência e dinâmica consoante os diplomas normativos que o regulam.

O capítulo 5 passa a abordar de maneira direta a segunda parte do tema do presente trabalho, qual seja, a Saúde Complementar, caracterizada pela atuação das entidades jurídicas privadas na prestação dos serviços de saúde pública, no seio do SUS. Para tanto, percorre a linha do tempo da regulação de tal instituto, trazendo à baila as fontes legislativas que dão vida e regulam essa modalidade de atuação, bem como suas peculiaridades com relação à normatividade administrativista do ordenamento jurídico brasileiro. Adentra, portanto, nos instrumentos jurídicos tradicionais de ajuste entre Administração Pública e particular que vigem atualmente e tiveram sua primeira regulação, da maneira como é aplicada hoje, em 1988 com o advento da promulgação da Carta Magna, e Leis infraconstitucionais que os regem de maneira mais detalhada. São, os sobreditos instrumentos, o contrato administrativo e o convênio, aptos a concretizarem a Saúde Complementar na dinâmica social, minudenciando aspectos legais e abordagens doutrinárias de suas características. O capítulo segue trazendo as inovações na regulação da Saúde Complementar com os novos diplomas normativos, sendo o principal a Portaria nº 1.034/10 do Ministério da Saúde, concebidos para dirimirem dúvidas e contradições na aplicabilidade da Saúde Complementar e na utilização deus instrumentos jurídicos, como no que tange às questões concernentes aos limites, atribuições e requisitos para a atuação da instituição privada como agente da Saúde Complementar, tanto das instituições privadas sem fins lucrativos, como quanto das com fins lucrativos.

No capítulo 6, percorre-se uma análise acerca da instituição do Terceiro Setor e, mais especificamente, das Organizações Sociais, como instituto legalmente previsto, integrante daquele, que abrange as instituições de caráter privado, sem fins lucrativos, atuantes na esfera dos serviços públicos de relevância social, sobretudo os serviços públicos de saúde. Aprofunda-se na análise do ajuste dessas Organizações mediante o Contrato de Gestão, previsto na Lei nº 9.637/98 como instrumento jurídico tipificado para formalizar e balizar as relações entre Administração Pública e instituição privada sem fins lucrativos nos objetos de ajuste e, como foco desse estudo, na Saúde Complementar. Ademais, explicitam-se os possíveis óbices à utilização deste instituto na Saúde Complementar a partir da análise dos estudos doutrinários e das Leis (*lato senso*) existentes envolvendo o assunto.

O Capítulo 7 adentra o universo das Parcerias Público-Privadas (PPP), consistentes em recente modalidade de ajuste entre Estado e entidades privadas com fins lucrativos, instituído

pela Lei 11.079/09, e suas formas de ajuste, quais sejam, as concessões administrativas e patrocinadas. Neste capítulo, estuda-se a aplicabilidade das PPP nos ajustes que têm como objeto os serviços públicos de saúde, de forma a constituir mais uma das modalidades passíveis de serem utilizadas no âmbito da Saúde Complementar. Mais do que isso, expõe-se as adversidades que o instituto apresenta quando utilizado na Saúde Complementar consoante determinações legais e estudos doutrinários.

No capítulo 8 faz-se um apanhado geral de tudo que fora trabalhado ao longo da pesquisa, de forma a induzir a uma conclusão lógico-sistemática ou, ao menos, instigar a reflexão acerca do tema proposto, dadas as controvérsias que cercam a relação entre prestação direta dos serviços de saúde e a prestação indireta pelas entidades privadas atuantes no mesmo setor, mediante Saúde Complementar, quando em confronto com o ordenamento jurídico edificado no Brasil.

## **CAPÍTULO 2 - DIREITO À SAÚDE**

### **2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

Os direitos fundamentais consolidaram-se e legitimaram-se como tais a partir de uma miríade de movimentos e lutas civilizatórias ao longo da história em prol de seu reconhecimento e da viabilidade de sua arguição pelos diversos segmentos da sociedade. Isso se deu paulatinamente: alguns desses direitos foram reconhecidos após a consolidação de outros de mesma estirpe em conformidade com o momento sociopolítico-econômico e com as ideologias e movimentos culturais proeminentes em cada época.

Norberto Bobbio<sup>1</sup>, em notável análise, classifica os direitos fundamentais consagrados, relacionando-os aos respectivos períodos históricos em que foram objeto de manifestação social em patente ruptura à ordem. Tal classificação fora realizada em dimensões, a saber:

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.



a) direitos fundamentais de primeira dimensão, que dizem respeito aos direitos individuais, tais como a liberdade, a propriedade e os direitos políticos, cujas consagrações ocorreram no contexto do século XVIII, pós-Revolução Francesa e propugnavam a abstenção do Estado na esfera individual de cada pessoa;

b) direitos fundamentais de segunda dimensão, que englobam os denominados direitos sociais, econômicos e culturais, os quais dizem respeito a direitos da coletividade tais como o direito ao trabalho, à educação, à saúde e à assistência social. São considerados direitos aos quais corresponde o dever correlato da prestação estatal. É importante ressaltar, no entanto, que essa correspondência (direito – prestação estatal) não se restringe aos direitos de segunda dimensão, abrangendo, também, o âmbito dos direitos fundamentais das demais gerações. A sublimação desses direitos teve lugar no contexto no final do século XIX - pós – Revolução Industrial – e início do século XX. Vale ressaltar que os direitos anteriormente conquistados mantiveram-se, sendo os da segunda dimensão somados aos da primeira;

c) direitos fundamentais de terceira dimensão, desenvolvidos na segunda metade do século XX, que remetem aos direitos de solidariedade e fraternidade, como direitos pertencentes a todos as pessoas, de cunho difuso e coletivo, tais como o direito ao meio ambiente, de proteção do consumidor e à autodeterminação dos povos.

Segundo a classificação ora exposta, uma análise detida é hábil a revelar que os direitos individuais – em pauta nos chamados direitos de primeira dimensão – não deixaram de vigorar nos períodos seguintes, mas sim que os direitos de segunda e terceira dimensões vieram a complementá-los em uma fórmula que compõe a somatória dos direitos individuais - como direitos protetores do indivíduo contra arbitrariedades do Poder Público - aos direitos sociais, econômicos e culturais, que propugnam a ação prestativa do Estado, resultante nos direitos humanos, indivisíveis, segundo estabelecido na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968, Teerã).

Ora, o direito à saúde fora gestado no âmago dos direitos sociais inaugurados nos séculos XIX e XX com essa denominação. Tal não poderia ser outra (a classificação), visto que corresponde ao mínimo existencial do indivíduo, ao qual é dado cobrar de seu representante legítimo, o Estado - como unidade de poder em que se organiza a sociedade<sup>2</sup> - a proteção à vida, e a tudo quanto diga respeito à sua manutenção. Isso abrange a demanda pela abstenção de práticas atentatórias, direta ou indiretamente, à saúde humana – pretensão

---

<sup>2</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.189.

negativa -, e mais do que isso, por atuações prestativas, portando-se como provedor de serviços e ações que protejam, promovam e favoreçam o bem-estar dos indivíduos e de toda coletividade – pretensão positiva.

Para além da breve análise do direito à saúde, inserto no rol dos direitos fundamentais e, mais especificamente, dos direitos sociais, faz-se premente examinar as diferentes concepções da saúde ao longo do tempo e sua relação com o momento histórico, político, social e econômico de cada período.

Constata-se que, até a segunda metade do século XX, a concepção geral de saúde era negativa, a bem dizer, consistia na ausência de doença. Essa concepção clássica proveio da mentalidade tipicamente biomédica, já que se deu no contexto de diversas descobertas científicas, tais como o esclarecimento sobre a existência e atuação dos micro-organismos, o desenvolvimento de fármacos específicos – a exemplo dos antibióticos –, dos procedimentos anestésicos e da imunização ativa (vacinas), de forma a revelar o foco lançado integralmente à patologia e à clínica.

Nesse contexto, um modelo norte-americano de ensino e prática na saúde consolidou-se. Conhecido pelo sua concepção mecanicista do processo saúde-doença, o Modelo Flexneriano reduzia-se a uma perspectiva exclusivamente biologicista<sup>3</sup> de doença, que enaltecia a causalidade das doenças nas alterações biológicas diversas – em especial aos recém-descobertos micro-organismos -, excludente dos possíveis fatores externos capazes de atuar, positiva ou negativamente na saúde do homem, de modo que o foco do estudo e da prática na saúde era centrado integralmente no indivíduo, considerado como ser meramente biológico, ignorando sua existência, também, como ser político e social. O modelo era fragmentador, delimitador das áreas do conhecimento a minuciosas especialidades médicas, desconectadas do todo orgânico, o qual não permitia uma visão global do sujeito e sua doença.

Ademais, os atendimentos eram concentrados nos hospitais pela via particular, de forma que à população não era possível sequer vislumbrar atendimento médico por outras vias ou estabelecimentos; de forma excludente, o paradigma flexneriano confirmou a privatização da atenção à saúde, em consonância com os ditames da sociedade capitalista-industrial,

---

<sup>3</sup>ALMEIDA FILHO, Naomar de. Reconhecer Flexner: inquérito sobre produção de mitos na educação médica no Brasil contemporâneo. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 12, Dez. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2010001200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010001200003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 25 ago. 2012.

transformando o atendimento médico em mercadoria, à guisa do modelo liberal de livre mercado, o que conduziu à concentração de recursos nas esferas de acesso à população que detinha recursos monetários o suficiente para pagar pelo referido atendimento. Aos financeiramente desabonados, esse atendimento não lhes seria conferido.

Por fim, ressalta-se que esse modelo seguia a linha curativa de atendimento médico, delimitando a atenção médica científica à doença, *per si*, isento de levantar premissas, ou investigar outras possíveis causas à patologia em análise. Esse caráter puramente curativo delimita as possibilidades de intervenção haja vista que pode vir a suprimir uma série de problemas a se confrontar<sup>4</sup>.

No entanto, a partir da segunda metade do século XX, um novo conceito de saúde passou a vigorar no mundo e, diferentemente do antigo, assume um caráter positivo.

Alguns estudiosos perceberam, ao longo do tempo, que as pessoas pertencentes a determinadas comunidades exibiam um padrão de **representação de saúde**<sup>5</sup> próprio, diferente do padrão da população de outra comunidade, por exemplo. Essa representação de saúde pode ser definida como a concepção do indivíduo, situado em um contexto sócio-político-econômico, sobre o conceito e as características de **saúde** e de **doença**. Dessa maneira, o indivíduo - objeto da apuração sociológica - passa a refletir a dimensão pública e coletiva nos seus valores e noções, aliados às suas experiências subjetivas. A partir de uma investigação mais detida, constatou-se que esta representação é uma variável em sintonia com os padrões culturais, físicos, mentais, religiosos, espirituais difundidos no ambiente, no tempo e na sociedade em estudo. Logo, a noção de saúde de um indivíduo passou a ser indissociável da comunidade a que pertence, situada em determinado *lócus*, cujas características possam ser perscrutadas.

Destarte, a consagração dos valores intrínsecos aos direitos fundamentais de segunda dimensão, a constatação do entendimento multidisciplinar da saúde no seio da sociedade, bem como as mudanças no contexto sócio-político do pós-guerra, culminaram na positivação de um documento de suma importância para a elevação da saúde como um conceito positivo e

---

<sup>4</sup>AGUIAR, Raphael Augusto Teixeira de. **A Construção Internacional do conceito de Atenção Primária à Saúde (APS) e sua influência na emergência e consolidação do Sistema Único de Saúde no Brasil**. 2003.166 p. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Saúde Pública - Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

<sup>5</sup> AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 45-50.

um bem jurídico fundamental, indisponível, exigível: a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1948.

Segundo a OMS, o conceito de saúde passou a ser “o estado de completo bem-estar físico, mental e social”, relegando a concepção de saúde como mera ausência de doença e passando a encará-la de modo amplo, em articulação dos aspectos biológicos com os sociais. Resta evidente que a nova concepção de saúde abarcada pela OMS, e incorporada pelos Estados contemporâneos, considera as características individuais, físicas e psicológicas, em associação com o ambiente social, econômico e político em que está inserido o indivíduo, de modo a enfatizar que a relação do homem com o meio é elemento essencial na determinação do que seja considerada a saúde.

Desse modo, para se realizar o direito à saúde no Estado contemporâneo faz-se premente a ampla compreensão do ambiente em que será implantado e o estrito respeito à Constituição de cada país, bem como a participação popular no processo de formulação e implementação das políticas públicas de saúde, haja vista que os destinatários, concretos e situados, dessa política são os mais aptos a conceberem a noção mais aproximada da saúde, em seu meio - tomando por base, inclusive, as contingências e condições sociais dos indivíduos - e, por conseguinte, levarem a cabo a maior efetividade na sua execução.

Assim, sob a luz da Constituição da OMS o direito à saúde exsurge com múltiplas facetas no que concerne à sua natureza jurídica, quais sejam a individual, coletiva, e a de desenvolvimento, aprofundadas no próximo tópico.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE (FORMATOS): INDIVIDUAL, COLETIVO E DE DESENVOLVIMENTO

Conforme observado na definição da OMS, a saúde ganha contornos diferentes daqueles do início do século XX e pode ser analisada como um bem jurídico fundamental individual, coletivo e difuso quando permite ao indivíduo desfrutar de completo bem – estar físico, psíquico e social. Dessa forma, a responsabilidade individual pela saúde, propagada pelo modelo *flexneriano*, deixa de ser uma realidade, pois assume que outros fatores sociais interferem no processo saúde-doença.

Assim, Sueli G. Dallari e Vidal S. N. Jr.<sup>6</sup> classificam o direito à saúde, conforme o preâmbulo da Constituição da OMS, nas dimensões: a) individual, como direito subjetivo da pessoa de obter assistência integral de prevenção, tratamento e readequação social; b) coletiva, em que a saúde se consubstancia, por meio de serviços e ações, a partir do cumprimento de deveres estatais e também dos indivíduos, na medida em que considera que somente com a cooperação de todos os componentes políticos e sociais é que se pode garantir um meio ambiente adequado do ponto de vista ambiental, comunitário e da saúde; c) de desenvolvimento, na medida em que os benefícios de descobertas científicas e tecnológicas possam ser repassados a todos os Estados contemporâneos na busca pela saúde mundial, haja vista que as doenças não reconhecem fronteiras e, portanto, podem ser transmitidas de um país a outro, como consequência do intenso fluxo interestatal a partir da Nova Ordem mundial e da globalização, a exemplo das patentes de medicamentos, e descobertas de novas formas de tratamento. Nesse sentido, exprime-se o preâmbulo da Constituição da OMS, de acordo com o qual:

“- A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados”.

- Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

- O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum.”<sup>7</sup>

Ainda sobre o direito à saúde, compreendido em sua terceira dimensão, Sá da Rocha<sup>8</sup> entende a saúde como direito difuso na medida em que, em sendo um direito de todos, constitui um bem de natureza indivisível em que os titulares são indeterminados e ligados por circunstâncias apenas de fato. Tal faceta se justifica na medida em que diversos fatores ambientais estão dissipados no meio e são capazes de afetar a saúde de uma miríade de pessoas, sem que seja possível detectar uma a uma, a exemplo da poluição atmosférica, de poluição do solo e rios, bem como as ações desenvolvidas ao combate destas.

---

<sup>6</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 7-10.

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

<sup>8</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 19.

### 2.3 SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (CF) DE 1988

Ao fim do regime militar, as lutas pela democracia política e pela normatização de direitos fundamentais levaram à promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual inseriu, como valor mais alto e condutor de todo ordenamento jurídico, a “dignidade da pessoa humana”.

Da mesma maneira, após os movimentos da Reforma Sanitária, na década de 70, e a promulgação da CF/88, o direito à saúde fora incluso no ordenamento jurídico expressamente como direito fundamental e, como tal, inserido no rol dos Direitos Sociais do Art. 6º, constante do Título destinado a reger os Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988, como segue:

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

Pode-se, desta maneira, afirmar o caráter fundamental formal deste direito – fundamentalidade extrínseca<sup>9</sup>. Diante disso, temos que a saúde é um bem jurídico inserto na constituição da seguridade social, sistema brasileiro que confere, ao Poder Público, a prestação de serviços e ações para a sociedade, com a participação desta, a fim de assegurar os direitos que incorpora, tal como diz o art. 194 da Carta Magna:

---

<sup>9</sup> No entanto, não é somente de sua fundamentalidade extrínseca que o direito à saúde recebe conotação de direito fundamental, mas também, sua legitimidade como tal parte de uma série de características das quais é dotado, quais sejam: a) historicidade – a luta civilizatória pela garantia de direitos humanos, nos quais se inclui o da saúde, germinou em terrenos revolucionários e em pactos internacionais, como o que culminou na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelas Nações Unidas no pós – Guerra (1948) e veio a ser objeto mais detalhado da Constituição da Organização Mundial de Saúde; b) caráter autogenerativo – a legitimidade da saúde como direito fundamental prescinde, em certo ponto, da sua formalização na medida em que é considerada como elemento essencial à dignidade humana e sua preocupação ultrapassa os limites estatais, para se tornar objeto de acordos internacionais e preocupações humanistas por todo o globo terrestre, sublinhando seu caráter supranacional, além de constituir, per si, base própria da Constitucionalização desse direito; c) universalidade – o direito à saúde é dado ao ser humano enquanto gênero, não se permitindo para este fim restrição de quaisquer espécies. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 67.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Talvez a expressão mais significativa e emblemática das lutas empenhadas na Reforma Sanitária é a que profere que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” constante do art. 196 da CF:

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.

Isso porque, quando professa que a saúde é direito de todos, ela expressa o princípio da universalidade, que reconhece ao gênero humano, independente de divisões reducionistas a grupos e classes, o direito a alcançar a mais completa saúde possível, e, como direito fundamental a garantir a dignidade da pessoa humana, constitui direito indisponível do indivíduo, essencial à defesa da vida.

Quando menciona que é dever do Estado, sugere que essa busca não só pode, como deve se dar em detrimento da omissão estatal, para reconhecer que o Estado é o responsável pela disponibilização de todos os meios possíveis que promovam, protejam e recuperem a saúde de todos os cidadãos (faceta positiva do direito da saúde), circunscritos na sua esfera de poder, além dos que reduzam os riscos de doenças e outros agravos (faceta também positiva do direito da saúde), garantindo o direito do indivíduo à defesa de sua saúde ante o Estado e terceiros (faceta defensiva do direito da saúde), bem como sua participação na formulação de políticas de saúde (faceta ativa do direito da saúde)<sup>10</sup>.

Ainda nesse sentido, José Afonso da Silva<sup>11</sup> defende que, ao contrário de diversas normas constitucionais de caráter programático, a norma constitucional que veicula o direito da saúde é de observância obrigatória pelo Estado na medida em que institui um dever correlato do Estado, sendo esse apontado como sujeito determinado, de forma que o seu descumprimento acarretará em ilegalidade, e, mais do que isso, em inconstitucionalidade.

---

<sup>10</sup> MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, João Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010., p. 82.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso, 1998 apud MÂNICA, Fernando Borges. **Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde**. 2009. 306 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009, p. 107.

Ademais, o direito público subjetivo à saúde pode ser individual, coletivo ou difuso, conforme o interesse correspondente na sua materialização, sendo exigível contra o Estado e contra os entes privados sob sua chancela. O direito subjetivo representa a abertura judicial a qualquer cidadão, ou à coletividade, para que se exija o direito correlato consubstanciado no direito objetivo, ou seja, para que se exija a efetivação do direito proclamado na Carta.

Nesse sentido, o mesmo artigo, quando obriga o Estado a garantir a saúde pública, demonstra a dimensão objetiva do direito em comento, na medida em que institui que isso deve ser feito de acordo com políticas públicas, sociais e econômicas, direcionadas à consecução de dois objetivos nucleares, quais sejam, a redução do risco de doença e outros agravos (prevenção), e o acesso às ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação (prestação em sentido estrito)<sup>12</sup>. A dizer, malgrado não exclua o âmbito curativo do cuidado à saúde, determinado pela prestação em sentido estrito, – até porque esta se faz imprescindível para a completa atenção à saúde - acrescenta a determinante da prevenção. Essa preocupação se conecta intimamente ao fato de que o enfoque na prevenção é basilar para a construção de um sistema eficiente, seguro e contínuo – requisitos da atenção à saúde, dada sua essencialidade - em oposição ao sistema fragmentário da assistência da medicina liberal, curativista.

Não obstante a elevada carga da incumbência ao Poder Público no que tange ao dever correspondente ao direito à saúde, não se pode olvidar que este não é absoluto, ou seja, cabe ao sujeito perseguir o direito de ter preservados seu bem-estar físico, mental e espiritual, com a consciência de que, muitas vezes, embora se apliquem todos os métodos, cuidados e tecnologias em saúde, não seja possível obter o êxito esperado nos resultados dessa busca, haja vista que cada indivíduo corresponde de maneiras distintas aos tratamentos que lhe são disponibilizados. Assim, o dever do Estado é de lograr promover a saúde e curar dentro do que se afigura viável sob esse viés. Vale dizer que o direito fundamental do homem à saúde diz respeito, também, à garantia do próprio indivíduo de ter sua autonomia para proteger sua própria saúde.

Por fim, a par da universalidade o mesmo artigo exalta a igualdade de acesso às ações e serviços de saúde. Isso significa que proíbe quaisquer tipos de discriminação para com os usuários em suas buscas pela saúde, de forma que todos têm o mesmo direito de acesso e de tratamento.

---

<sup>12</sup> LOUREIRO, João Carlos, 2006 apud MÂNICA, op. cit., 2009, p. 113.



Conforme o artigo 197 da CF:

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.

Pois bem, a classificação das ações e serviços de saúde como atividades de relevância pública revela, segundo Paulo Modesto<sup>13</sup>, uma nova concepção sobre o enquadramento jurídico das atividades sociais na medida em que a prestação destas, pelo Estado, é obrigatória enquanto a atuação da entidade privada no âmbito do livre mercado – Saúde Suplementar – é facultativa, legal e se dá sob o agasalho de regime jurídico próprio<sup>14</sup>, na medida em que se trata de atividades de interesse público.

A bem dizer, a prestação de serviços de saúde privados, sob regime jurídico próprio (privado), por ter como objeto os serviços de relevância pública, tem sua atuação regulamentada, fiscalizada e controlada pelo Estado, atuação esta que recebe a designação de **regulação**.

Por outro lado, quando o artigo 197 da CF determina que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde [...] devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros”, coloca-se a cargo do Poder Público, ou seja, sob a responsabilidade do Estado, o dever de garantir a oferta de ações e serviços de saúde, seja de modo direto – prestação direta pelo Estado – seja de modo indireto – por meio de vínculos (de contrato ou convênio) com entes privados que atuam segundo as normas do SUS. A esta última forma de prestação de saúde dá-se o nome de Saúde Complementar, cuja determinação encontra-se no artigo 4º, § 2º da LOSUS (Lei n 8.080):

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS.

---

<sup>13</sup> MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para parcerias público-privadas. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 2 ago. 2012.

[...]

§ 2º - A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde-SUS, em caráter complementar.

A atuação da entidade privada na prestação de serviços no âmbito da saúde pública será regida integralmente pela legislação da saúde pública (Lei Orgânica do SUS) e também fiscalizada, regulamentada e controlada pelo Estado; o mesmo pode-se dizer da atividade estatal direta no âmbito da saúde que, malgrado possa ser consagrada como serviço público, segundo o artigo 196 (“O direito à saúde é direito de todos e **dever do Estado** [...]”) não perde seu caráter de relevância pública, em nome do qual deve ter sua ação regulada – regulamentada, fiscalizada e controlada. Ademais, o artigo 199 expressamente prescreve:

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.

Seguindo essa norma, a Constituição Federal determina duas formas de atuação da iniciativa privada nessa seara: 1) a saúde suplementar, que atua exclusivamente na esfera privada, não mantém relação jurídica de natureza obrigacional com o SUS, mas, tão somente, de natureza regulatória com o Estado, o que faz desse terreno um serviço de relevância pública e; 2) a saúde complementar, em que a instituição privada deve obrigatoriamente proceder conforme os princípios e as diretrizes do SUS, em observância integral às normativas constitucionais, das leis orgânicas da saúde e demais normas atinentes à esfera de atuação do SUS; neste último caso, tais instituições equiparam – se às entidades de direito público que atuam pelo SUS.

O ajuste firmado entre poder público e ente privado na seara da Saúde Complementar deve ser realizado por meio de contratos de direito público e convênios<sup>15</sup>. Instituiu a Constituição que se deve conferir preferência para ajustes com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Essa determinação encontra respaldo na essência dos **serviços de relevância**

---

<sup>15</sup> O parágrafo único do art. 24 da Lei do SUS diz: “A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.” [BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012.]

**pública.** Insta notar que as normas constitucionais inseridas na Seção II, do Capítulo II do Título VIII, são normas aptas a provocar efeitos concretos, em primeira mão, e se configuram como a primeira formulação de política pública no rol da saúde, uma vez que determinam objetivos, tratam de questões específicas – como a das condições da participação privada na atenção à saúde (Art. 197 e Art. 199) – bem como as atribuições do SUS, estas verificadas no Art. 200 da CF.<sup>16</sup> Ademais, o art. 198 institui o SUS, como sistema único, traça suas diretrizes e as orientações gerais, – detalhada pela Lei nº 8.080/90, Lei do SUS – inclusive quanto ao seu financiamento.

Vale esclarecer que o referido direito da saúde é passível de ser encontrado em outras disposições constitucionais, como no art. Art. 7º, XXII<sup>17</sup>, quando versa sobre o direito dos trabalhadores - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; no art. 227<sup>18</sup>, que trata dos direitos da criança e do adolescente, estabelece em sua construção semântica o princípio da responsabilidade compartilhada.

Por fim, no que tange à responsabilidade em face do direito da saúde, é aplicável a responsabilidade objetiva do Estado em que a própria Administração Pública, na pessoa jurídica de direito público, responde por eventuais danos aos administrados, independentemente da existência de culpa ou dolo como garante o art. 37, § 6º, da CF<sup>19</sup>.

## 2.4 SAÚDE PÚBLICA

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

<sup>18</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>19</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.

A saúde pública vem sendo estruturada, de maneira gradativa, desde o advento da Revolução Industrial da Inglaterra, a partir da medicina social passando pelo sanitarismo, e o controle sanitário e epidemiológico, pela medicina preventiva até chegar ao atual modelo, denominado a “nova saúde pública”, ainda baseada na prevenção e na atenção primária à saúde.

A partir de um panorama geral construído acerca das diversas concepções de saúde e seu desenvolvimento histórico, cabe dirimir alguns pontos no tocante ao conceito de saúde pública.

O primeiro conceito sobre saúde pública foi elaborado em 1920 por Charles-Edwards Amory Winslow (1920, apud REZENDE p. 223):

Saúde Pública é a ciência e a arte de prevenir doenças e incapacidades, prolongar a vida e desenvolver a saúde física e mental, através de esforços organizados da comunidade para o saneamento do meio ambiente, o controle de infecções na comunidade, a educação dos indivíduos nos princípios da higiene pessoal e organização dos serviços médicos e paramédicos para o diagnóstico precoce e o tratamento precoce de doenças e o aperfeiçoamento da máquina social que irá assegurar a cada indivíduo, dentro da comunidade, um padrão de vida adequado à manutenção da saúde<sup>20</sup>.

Tal conceito entra em plena convergência com as disposições da Constituição da OMS, uma vez que expressa a relevante participação de toda a comunidade no estabelecimento da saúde, bem como propugna pelas intervenções sociais e ambientais, além das meramente biológicas, a fim de se atingir o padrão de vida que seja adequado à saúde para a comunidade em questão e, ainda, ressalta a importância do fator preventivo na busca pela saúde.

Segundo Fernando Aith<sup>21</sup>, há três concepções de saúde pública: a primeira diz respeito ao estado geral de saúde de uma população, ou seja, a sua realidade epidemiológica; a segunda refere-se à atividade estatal de administração da saúde, gestão e prestação de ações e serviços nessa área, e a terceira incide sobre o campo de conhecimentos específicos – multidisciplinar – encerrados em uma disciplina própria.

---

<sup>20</sup> REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, J. S dos. (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 223.

<sup>21</sup> AITH, op. cit., p. 50-51.

Em suma, cabe ao Estado promover e proteger o direito à saúde executando ações e serviços que sejam convergentes na promoção, proteção e recuperação da saúde da população, sobretudo por meio de prestações no sentido de prevenção – a exemplo do controle sanitário, epidemiológico.

Por outro lado, no que tange à saúde individual, não cabe ao Estado isoladamente garantir que o indivíduo desfrutará de saúde plena haja vista que, embora não se possa mais depositar no indivíduo toda a responsabilidade pela saúde, o viés coletivo é extremamente influente nessa esfera, já que esta resguarda um aspecto subjetivo inerente ao indivíduo e depende, também, tanto de suas ações, quanto de suas concepções acerca do objeto “saúde”. Assim, ainda que, por vezes, seja impossível e inviável ao Estado a recuperação plena da saúde individual, ele não se desincumbe do dever de organizar e disponibilizar todos os serviços possíveis, tanto sob o caráter preventivo quanto o curativo, a fim de que o cidadão tenha acesso aos recursos médicos e sanitários capazes de lhe assegurar o mais alto nível de saúde possível dentro de seu quadro clínico, respeitados os limites da dignidade humana.

Ademais, para que se constitua um efetivo tratamento integral da saúde, não se pode olvidar de ações de promoção da saúde por medidas de ordem geral, como moradia adequada, escolas, área de lazer, alimentação adequada, educação em todos os níveis, ressaltando o necessário tratamento intersetorial a fim de alcançar efetividade nas ações e resoluções concernentes à saúde.

## **CAPÍTULO 3 - SERVIÇOS DE SAÚDE**

### **3.1 NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE**

#### **3.1.1 Delimitação da natureza jurídica dos serviços públicos e investigação sobre o eventual enquadramento dos serviços públicos de saúde nessa categoria.**

Muito embora existam os critérios de que a doutrina majoritária se utiliza para qualificar o serviço público, sem os quais não considera, puramente, um serviço como

público, Fernando Mânica, com propriedade, opta por extrair o conceito de serviço público do texto legislativo, seguindo os preceitos de Celso Bandeira de Mello quando diz:

Pretender que certas atividades são “em si mesmas” serviço público significa que, consagradas ou não legislativamente como tal, assim devem ser havidas. Um conceito desta ordem não serve para o jurista.<sup>22</sup>

Segundo o autor, na Constituição Federal o termo serviço público é encontrado, em sentido amplo, para se referir a qualquer atividade exercida pelo Estado e, em sentido estrito, sentido este perseguido pela inteligência do presente estudo, para designar uma “determinada modalidade de atividade administrativa **prestacional** [*grifo nosso*] em relação à qual o Estado assume a responsabilidade por sua oferta”<sup>23</sup>.

Alexandre Santos de Aragão divide as concepções de serviço público em amplíssima, ampla, restrita e restritíssima. A concepção amplíssima, segundo o doutrinador, é aquela que alberga na classificação de serviço público todas as atividades exercidas pelo Estado, identificando o seu titular – Administração Pública – à sua definição (critério subjetivo), de modo que serviço público seria todo aquele regido pelo regime jurídico de Direito Público. Essa definição sugere que a maioria dos princípios que regem a disciplina dos serviços públicos equivale aos mesmos princípios que identificam a Administração Pública, como instituição, e norteiam suas atribuições. Considera-se precária, no entanto, tal concepção, na medida em que no Estado social de Direito alguns desses princípios são aplicáveis a atividades privadas, dada a publicização dos contratos privados, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – as quais também recaem sobre as relações privadas – e, também, pelas imposições de ordem pública da legislação consumerista.<sup>24</sup> Além disso, não é possível a assertiva de que todas as atividades exercidas pela Administração Pública configuram serviço público, fazendo-se premente distingui-lo das atividades do poder de polícia e de fomento também realizadas no âmbito da Administração Pública. Cabe, neste ponto, distinguir o que se denomina função pública do que se denomina serviço público, a fim de delimitar as atividades próprias do serviço público.

---

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 12.

<sup>23</sup> MÂNICA, op. cit.

<sup>24</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 140.

A função pública, segundo Dinorá Adelaide M. Grotti, abrange uma concepção mais ampla e genérica, porquanto diz respeito aos misteres tipicamente do Estado em sua atividade propriamente soberana, no que predomina o aspecto de soberania, a potestade estatal, “e que se manifesta fundamentalmente por meio das normas jurídicas”<sup>25</sup> englobando as atividades de polícia, militar, tributária, por exemplo, as quais são indelegáveis, haja vista o critério soberano que serve de amálgama a esse quadro de atividades. Já o serviço público seria uma porção das atividades administrativas do Estado que concretizam no seio da sociedade elementos materiais passíveis de fruição pelos particulares, consistindo, destarte, em atividade de índole técnica, material ou de produção industrial, destinada diretamente à produção de um resultado material, distinguindo-se, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, das funções públicas administrativas que envolvem mais diretamente as atividades jurídicas da Administração, cujo objeto seja a afirmação, constituição ou modificação de uma situação jurídica.<sup>26</sup>

A concepção ampla de serviço público, por sua vez, reúne as atividades prestacionais do Estado, de modo que são assim conceituadas todas as atividades que o Estado empenha para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de serem cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade exclusiva do Estado, abrangendo os serviços públicos *uti singuli*, econômicos, passíveis de remuneração por taxa/tarifa, os serviços sociais, que podem ser prestados livremente, independentemente de delegação estatal, pela iniciativa privada, assim como, os serviços *uti universi*, excluindo, dessa forma, as atividades concernentes à polícia administrativa.

A concepção restrita, por sua vez, visa a qualificar as atividades de serviço público como sendo aquelas prestacionais de liame imediato com os seus destinatários, abrangendo, portanto, apenas a concepção *uti singuli* de serviço público, em que os usuários são individualizáveis e identificáveis, de modo que suas fruições possam ser quantificadas e excluindo, portanto, os serviços públicos *uti universi*.

Por fim, o autor discorre sobre a concepção restritíssima, a qual exclui tanto os serviços públicos *uti universi*, como os serviços sociais, não titularizados pelo Estado com exclusividade, os quais permitem a correspondência da titularidade desses serviços a

---

<sup>25</sup> MUSETTI, Dinorá Adelaide. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 111.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 2, nota 1.

entidades privadas; Prevê, portanto, que somente incidiriam na classificação de serviços públicos aquelas atividades passíveis de remuneração específica, os chamados serviços públicos econômicos, de titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas por delegação (concessão/permissão) na forma do art. 175 da CF e art. 145, II, a saber:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela **utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição**; *[grifo nosso]*

E,

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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. *[grifo nosso]*

No entanto, como contraponto à classificação restritíssima, tem-se que alguns dispositivos constitucionais que regem serviços sociais, atribuí-lhe a qualidade de serviço público, expressamente ou, indiretamente, a exemplo de quando atribuí ao Estado o dever de prover o direito à saúde, conforme o art. 196, *in verbis*:

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.

Maria Sylvia Z. Di Pietro, por sua vez, subdivide os critérios para classificar os serviços públicos em **próprios e impróprios** de modo que, em suas palavras, os serviços que não sejam exclusivos do Estado – portanto, não constituem monopólio natural – são considerados:

serviços públicos próprios quando prestados pelo Estado e podem ser considerados serviços públicos impróprios, quando prestado por particulares,



porque neste caso ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.<sup>27</sup>

Assim, os critérios utilizados para definir serviço público são conjugados em: a) critério subjetivo; b) critério objetivo; c) critério formal.

O critério subjetivo define o serviço público a partir da entidade responsável pela prestação da atividade, sendo que, conforme a corrente que segue unicamente o critério em comento - ou seja, a corrente originária defensora do critério subjetivo -, o Estado ou entidade sua configura o único possível titular tanto do serviço, como quanto da prestação deste.

A fim de melhor compreender o embasamento teórico utilizado na consumação de cada critério, Dal Pozzo<sup>28</sup> bem distingue a diferença essencial que gira em torno da titularidade: esta pode ser do serviço ou pode ser da prestação do serviço. Diante disso, cai por terra a previsão do critério subjetivo como único prevalente para definir serviço público uma vez que, embora existam serviços cuja titularidade seja exclusivamente do Estado, dada como tal por imperatividade da Lei ou da Constituição, esses mesmos serviços podem ser, muitas vezes, delegados a particulares, como se extrai da análise do art. 175 da CF supratranscrito. Assim, a titularidade **do serviço (“senhorio”)** pode ser exclusivamente do Estado, enquanto a titularidade da **prestação do serviço** pode ser do Estado ou do particular que atuará na execução da atividade referida.

O critério objetivo (ou material) busca delimitar a análise do ponto de vista da natureza do serviço, ou seja, a partir de uma qualidade intrínseca sua. À guisa dessa indagação, pôde-se delimitar que a atividade correspondente a um serviço público seria aquela atividade material a ser **exercida no interesse ou necessidade geral**. Desse modo, certas atividades foram classificadas no ordenamento jurídico pátrio como serviço público, somente quando atendiam à imprescindibilidade dessas atividades para a satisfação do interesse coletivo, prevalecendo, portanto, o requisito da essencialidade. Dinorá Adelaide M. Grotti, então, discorre:

---

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 237.p. 104.

<sup>28</sup> POZZO, Augusto Neves Dal. **Aspectos Fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

Assim, é o fato de, num dado momento histórico, corresponder a uma necessidade de interesse geral, se constituir em uma exigência da coletividade, independentemente da organização que exercer esta atividade, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público<sup>29</sup>.

Assinalado critério ainda demanda que a atividade referência do serviço público ofereça uma utilidade/comodidade à coletividade, a ser fruída singularmente pelo administrado. Tal estipulação provém da subdivisão do serviço público conforme a fruição pelos destinatários. Segundo essa percepção, o serviço público, conquanto seja destinado a todos, segundo o princípio da generalidade, tem sua prestação subdividida em caráter singular (*uti singuli*) ou universal (*uti universi*). Sendo assim, o que se denominaria de serviços públicos *uti universi* seriam aqueles que beneficiam a coletividade quando não seja possível determinar, concretamente, os usuários; no seu revés, os serviços públicos *uti singuli* são os que beneficiam os destinatários na medida em que estes sejam individualizáveis, ou determináveis. A doutrina majoritária exclui do conceito de serviço público a concepção *uti universi*, compondo o critério objetivo de serviço público, apenas, a concepção *uti singuli*, como se confirmará adiante. Ademais, vale destacar que a atividade em questão não é estática, mas sim, dinâmica, em execução, em movimento, não sendo uma obra acabada ou concluída.

Portanto, tem-se que, da conjugação de ambos os critérios (subjetivo e objetivo), nem toda atividade/serviço prestado pelo Estado, constituído assim em Lei, é serviço público; além da titularidade veiculada pela norma, o serviço tem de ser subministrado em atendimento ao interesse geral.

Em última análise, os doutrinadores ainda adicionam aos dois critérios supramencionados, um terceiro critério, o **formal**, o qual “condiciona o serviço público a um regime jurídico especial, [de Direito Público], derogatório do direito privado.”<sup>30</sup> Na esteira do critério formal componente do conceito de serviço público, vale explicitar as palavras de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “nada faz subjetivamente a Administração sem uma exata determinação objetiva.”<sup>31</sup>

Sob esse viés, a relevância social, presente no critério objetivo, naturalmente implicaria na incidência de um regime jurídico especial, de peculiaridade tal que, concernente

---

<sup>29</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 46.

<sup>30</sup> POZZO, op. cit., p. 73.

<sup>31</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Obrigações Administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 139.

à essencialidade de seu objeto – relevância social – conferiria prerrogativas e sujeições especiais a seu prestador – no critério subjetivo, o Estado, na sua acepção pura, e o Estado ou seu delegatário, no critério subjetivo contemporâneo.

Na Constituição Federal, podemos identificar um serviço como público em algumas situações, segundo Fernando Mânica (pg. 121): aqueles que são expressamente qualificados como serviço públicos pela letra da Constituição; aqueles cuja titularidade exclusiva é conferida ao Estado; aqueles em relação aos quais a Constituição autorizou sua criação por lei. Segundo uma análise crítica do texto da Carta, rapidamente extrai-se que a saúde é qualificada como tal a partir da nomenclatura a que ela é dada, como nos artigos 167, IV, e art. 198, *caput*:

Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos **para as ações e serviços públicos de saúde**, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; *[grifo nosso]*

E,

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.

Fernando Mânica compartilha da mesma opinião da doutrina majoritária quando, ao classificar um serviço como público se utiliza do critério de outorga da competência ao Estado. Isso porque o fato de o titular daquele serviço ser o ente estatal não exclui a possibilidade de que o ente executor do mesmo seja o ente privado, de modo que em um mesmo setor possam atuar entidades diferentes, sem que a competência deixe de ser do Estado – compete ao Estado assegurar o provimento do serviço, a sua oferta, mas não necessariamente será ele quem irá executá-lo. Na seara da saúde, em texto Constitucional, temos como exemplo para encerrar a questão, o art. 30, *in verbis*:

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**; *[grifo nosso]*

Deve-se entender, portanto, que o vínculo orgânico estabelecido entre o Estado e o serviço público encontra-se delineado na titularidade do serviço como sendo a responsabilidade atribuída ao ente estatal para obrigar e garantir o seu exercício, sua execução, de maneira efetiva, o que se manifesta a partir da sujeição das ações e atividades continentais nesse tipo de serviço ao regime especial, qual seja, o regime público, o qual se caracteriza, em caráter peculiar, nas sujeições e prerrogativas impressas à Administração Pública.

Nesse sentido, León Duguit entende que os serviços públicos teriam sua efetivação calibrada por determinados agentes – estatais, privados – conforme o desenvolvimento da civilização. Entendemos que DUGUIT (1923, apud, MÂNICA, 2009, p. 128)<sup>32</sup> expressou entendimento adotado pela Constituição pátria vigente, que não restringe ao Estado a prestação de todos os serviços públicos, mas tão somente aqueles que, por política legislativa foram intitulados de monopólio estatal. Quanto aos demais serviços, ainda que estejam em estreita ligação com os direitos fundamentais sociais, fator que a eles atribui a qualidade de públicos, segundo a lógica do Estado Social de Direito e da respectiva Constituição garantista, impõe-se ao Estado garantir sua prestação, mas não lhe é exigido que faça isso, integralmente, por seus próprios meios, diretamente.

Assim, não se pode olvidar que o enquadramento de determinado ramo de atividades dentro do rol de serviços públicos consta da imperatividade da lei, da normatividade, extraída a partir de uma determinação Constitucional, seja por expressa qualificação, seja por outorga de competência ao Estado. Outra questão bastante pertinente à qualificação de determinado serviço como público concerne à ligação das prestações dos serviços e suas garantias com o estado de desenvolvimento tecnológico, econômico, cultural e social de um determinado Estado, de modo que, conforme o determinado estágio em que vive um Estado, assim poderão ser inclusos novos serviços como de caráter público, bem como designar a exclusão de algum que outrora recebeu essa qualificação, mas que no momento de desenvolvimento social carece desta necessária designação. Segundo Odete Medauar, “não se pode negar que o serviço

---

<sup>32</sup> MÂNICA, op. cit., p. 128.

público sempre refletiu a evolução da sociedade e do Estado, sendo afetado por fatores econômicos, sociais e tecnológicos”.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, profere Marçal Justen Filho:

A evolução histórica produzirá o surgimento de novas manifestações qualificáveis como serviço público, mas também poderá impor a exclusão de outras. Essa variação é tanto mais previsível quanto mais intensa for a dinâmica das modificações culturais e tecnológicas.<sup>34</sup>

A sociedade está mais exigente com relação à tecnologia dos serviços que lhe são ofertados, pois na atual Era da Informação, assiste a avanços científicos e descobertas que a desperta para exigir a aplicação concreta e difusa dos resultados dessas descobertas e inovações em seu benefício; se o Estado não fornece aparato hábil para suprir a carência tecnológica demandada por uma sociedade mais ciente e vocalizada com relação aos seus direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde, **faz-se premente a amálgama com o setor privado para dotar os serviços e ações de saúde de eficácia e qualidade.**

Incide em cabal equívoco aqueles que acreditam que o atual Estado esteja retrocedendo ao regime liberal, em que se exigia do Estado interferência mínima, de modo que a iniciativa privada se encontrasse em espaço amplo de atuação, comandando todo o cenário de prestação de serviços e fornecimento de bens ao mercado, fossem esses bens/serviços supérfluos ou essenciais, dominando, em seu poderio, toda uma coletividade, sem distinção da capacidade econômico-financeira de cada indivíduo para adquirir os bens/serviços oferecidos, fossem eles supérfluos ou, ainda, essenciais. A realidade hodierna se apresenta de outra forma: basta entender que os serviços essenciais, como os de saúde, não se encontram nas mãos do setor privado, nem são por ele controlados, mas tão somente são passíveis de terem sua prestação exercida por esse setor, sem embargos da ingerência do Poder Público, o qual não relega sua responsabilidade, também, ao setor, mantendo-se nas rédeas da sua regulação, fiscalização e controle conforme o arcabouço normativo vigente que assegura, no Estado Social de Direito, regido por uma Constituição Federal de conotação dirigista – cujo conteúdo endereça um plano global normativo ao Estado e à sociedade,

---

<sup>33</sup> MEDAUAR, Odete. Serviços Públicos e serviços de interesse econômico geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.) **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 115.

<sup>34</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 34

eximindo-se de ser meramente um instrumento político de governo – a efetividade e eficácia da prestação de serviços de saúde a uma universalidade emanada pela saúde pública.

### **3.1.2 Natureza jurídica dos serviços de relevância pública: os serviços de saúde no enquadramento legal.**

Paulo Modesto, trazendo à tona a concepção do serviço de saúde como serviço de relevância pública, rejeita a definição de serviço público pelo viés subjetivo, ou seja, determinada conforme a instituição titular desse serviço – instituição pública ou privada porquanto tal viés corrobora com o modelo dicotômico, embatido pelo autor diante de uma nova realidade social, em que pese a relevância dos serviços sociais, embargada pelo Constituinte de 1988, a qual, além de salvaguardar em uma esfera de garantia de proteção superior a de outros tipos de serviços – a exemplo dos econômicos-, reproduz a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que atinge sobretudo a esfera privada quando da atuação desses serviços.

Para o autor, a vinculação dos serviços sociais à classificação de exploração de atividade econômica, quando prestado pela entidade privada, em regime jurídico próprio, e à de serviço público, quando prestado diretamente pelo Estado, no que se chama de “dever” do Estado, não é capaz de representar o atual estado das necessidades sociais e o estágio evolutivo de desenvolvimento, em que se conciliam os serviços públicos econômicos com os serviços sociais, em uma escala que pretende resguardar os direitos do particular e os direitos individuais ao mesmo tempo em que impera solidificar o atendimento efetivo aos direitos sociais, partindo da premissa de que o Estado tem o dever de garantir sua oferta, mesmo que para isso façam-se necessárias parcerias e acordos com entidades privadas a fim de proporcionar serviços de qualidade capazes de atender, adequadamente, as demandas da sociedade, em especial, daqueles que não dispõem de recursos suficientes para terem assistidos seus direitos básicos salvaguardados.

Da mesma forma, Fernando Mânica entende que o critério subjetivo é insuficiente para designar o regime sob o qual se executarão atividades e serviços em prol da coletividade quando enuncia que a função do direito administrativo é disciplinar a atividade administrativa de satisfação dos direitos fundamentais, independentemente da qualidade do sujeito que venha a exercer, efetivamente, a prestação para tanto.

Paulo Modesto discorda da opinião dos que consideram, a par do critério objetivo, unicamente o caráter essencial da atividade para ser delimitado como serviço público. Isso porque, dada a imprecisão do referido critério, em um dado momento de desenvolvimento social, é dificultada essa aferição em termos delimitados e concretos quanto o que vem a ser relevante ao interesse geral/público.

Em dissonância com o critério tradicional de serviço público, segundo o qual serviço público era todo o serviço prestado pelo Estado (elemento subjetivo), com vistas à satisfação de necessidades coletivas (elemento material), sob o regime de direito público (elemento formal), Paulo Modesto elabora um novo conceito, dito mais operativo, em respeito à concepção mais restrita e mais atinente ao critério objetivo, porquanto atende mais à natureza das atividades públicas, do que a instituição que as exercita. Em suas palavras:

Serviço público (...) é toda atividade de prestação administrativa material, direta e imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, posta concretamente à disposição de usuários determinados ou indeterminados, sob regime de direito público, em caráter obrigatório, igualitário e contínuo com vistas a satisfazer necessidades coletivas, sob titularidade do Poder Público.<sup>35</sup>

Paulo Modesto, então, divulga um conceito restrito em que o titular exclusivo do serviço público é o Estado<sup>36</sup> (embora não o seja necessariamente da prestação do serviço), sendo a atividade uma prestação, materialmente executada, disponibilizada a uma coletividade de pessoas – e não a um grupo restrito –, individualmente fruível, conforme regime de direito público.

O autor destaca, ainda, que existem atividades privadas de relevante interesse público as quais não podem reduzir ou abrandar a atenção a esse denominador – interesse público. Isso porque a Constituição e a legislação infraconstitucional, instituem a qualidade de alguns serviços como essenciais, impondo-lhes observância, por parte do prestador, com relação a princípios que também incidem nos serviços públicos como a continuidade, a regularidade, igualdade, em decorrência, sobretudo, da horizontalidade da eficácia dos direitos fundamentais, da proteção ao consumidor em respeito à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>35</sup> MODESTO, op. cit., p. 15.

<sup>36</sup> A titularidade dos serviços públicos, exclusiva do Estado, é denominada na doutrina de *publicatio*.

Nesse sentido, pode-se destacar que as atividades essenciais podem ser enquadradas tanto no âmbito dos serviços públicos, quanto no âmbito das atividades privadas, assim como as enquadra em esfera que envolve atividades passíveis de serem exercidas sob ambos os regimes – público e privado – quando assim o forem estipulado pela Constituição e por lei. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho arremata a questão proferindo: “Aliás, o interesse público não pertence a ninguém porque é de todos. Algo superior, subjetiva-se necessariamente, tentando à materialização.”<sup>37</sup>

No que tange à saúde, inclusive, Osmir Antonio Globekner obtempera que a prestação pública de saúde, pelo Sistema Único de Saúde, dispõe de alguns procedimentos de assistência, a nível de alta complexidade, assistência farmacêutica (...) que os planos privados de saúde não dispõem, de modo que mesmo aqueles que possuem plano de saúde, para alguns procedimentos, serão diretamente encaminhados ao sistema público de saúde, na esteira dos demais usuários do SUS que não dispõem de recursos para financiar um plano privado de saúde, ou assim não o desejam. Dessa forma, Osmir preleciona:

Daí um dos aspectos da necessidade de que os princípios que visem a realizar o direito à saúde e garantir a equidade e justiça no acesso passem a reger não apenas a relação vertical entre o Poder Público e o cidadão usuário do sistema público, mas também, a relação horizontal da prestação contratual dos serviços de saúde privados, os quais também são reconhecidos pela Constituição Federal como serviços de relevância pública, a fim de que a exploração econômica do setor cumpra a função social a que se destina.<sup>38</sup>

Além disso, Paulo Modesto compreende que a responsabilidade do Estado pela prestação dos serviços considerados essenciais, ou indispensáveis à coletividade, no caso de violação legal da prestação, deve ser assegurada independentemente do serviço constituir atividade de serviço público, atividade econômica ou atividade de relevância pública.

Diante do exposto, Paulo Modesto tece uma crítica minuciosa acerca da insistência da doutrina majoritária em classificar os serviços em um binômio rígido, e, que a atividade ora será classificada como serviço público, quando atende a determinados requisitos já apontados alhures, ora a atividade será albergada no rol das atividades de exploração econômica em sentido estrito.

---

<sup>37</sup> FRANCO SOBRINHO, op. cit., p. 170.

<sup>38</sup> GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o Público e o Privado: o Desafio da Alocação Social Dos Recursos Sanitários Escassos**. Curitiba: Juruá, 2011, -p. 154.



Nesse sentido, e considerando o exposto alhures acerca do serviço público, a rígida dicotomia empregada, sobretudo no regime de direito público, como o binômio serviço público/atividade de exploração econômica, “associada à ausência de classificação adequada das atividades do Estado, tem contraditado normas constitucionais expressas, e tornando árdua e insegura a implantação de novos modelos de gestão e a própria aplicação do direito vigente.” (...)

Assim, segundo a doutrina brasileira tradicional, a Constituição da República vem a abraçar o **modelo de soma zero**, de modo a visualizar uma fronteira nítida entre as atividades de incumbência própria do Estado e as próprias da iniciativa privada, quando segmenta os serviços em públicos e privados:

a) públicos, quando próprios do Estado, ou seja, quando a titularidade **do serviço** é exclusivamente estatal, sem embargos de possível delegação à iniciativa privada em regime de concessão ou permissão, mediante licitação, ocasião em que esta partilhará do espaço destinado à atuação estatal para prestação de serviços públicos, regida por regime jurídico público. Note-se que nesse último caso, em que a prestação de serviços públicos não é direta – pelo Estado –, mas se efetiva pela atuação de particulares, a **titularidade do serviço** permanece com o Estado, exclusivamente – não lhe deixa de ser encargo ordinário, próprio –, mas a **titularidade da prestação do serviço**, objeto de delegação, passa a ser do particular<sup>39</sup>;

b) privados, quando os serviços são designados como de exploração econômica direta, próprios da iniciativa privada, sob regime jurídico privado, sobre os quais a função do Estado se restringe à fiscalização, incentivo e planejamento e cuja atuação direta estatal é permitida por lei, em caráter excepcional<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Os serviços públicos têm lugar próprio na Carta Magna de 1989 no seu artigo 175 que rege: “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”.

<sup>40</sup> Excepcional, quando haja relevante interesse coletivo ou para assegurar a segurança nacional, em concorrência com os demais agentes privados, sob regime jurídico predominantemente privado. A Constituição Federal resguarda rol taxativo para as atividades de exploração econômica de monopólio pelo Estado, situação outra que compõe a excepcionalidade da atuação estatal na esfera privada. Assim, o Estado pode/deve atuar sem a participação das figuras dos agentes privados em duas situações: na seara das atividades econômicas em sentido estrito – onde, via de regra, se impõem os desígnios da livre iniciativa como assegurado pela Constituição em seu artigo 170, parágrafo único –, e na seara dos serviços públicos, onde pode pactuar com o agente privado para prestação mais efetiva e adequada. Assim, em julgamento da ADPF 46, o Ministro Gilmar Mendes proporcionou criteriosa distinção entre ambos, monopólio e serviço público: “O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio.

Nos dizeres de Vital Moreira, com esse modelo “o que era apropriado pelo Estado deixava de pertencer à sociedade”, independentemente da viabilidade de recuar essa fronteira, de um lado, ampliando as incumbências do Estado e diminuindo as do agente privado (modelo que encontra, no ápice da sua maximização, o Estado totalitário como referência) ou, por outro lado, avançar essa fronteira ampliando as tarefas próprias do agente privado em detrimento das tarefas próprias do Estado (modelo que encontra como referência o Estado mínimo liberal).

Há de se fazer, portanto, uma investigação apurada sobre a viabilidade do modelo de soma zero (Estado/sociedade) proceder diante do modelo atual de Estado, adotado pela Constituição Federal, qual seja, o modelo do **Estado Social de Direito**. Isso porque, logo a partir de um primeiro contato, o Estado Social de Direito parece não se harmonizar com o modelo dicotômico de soma zero empenhado pelo regime liberal, uma vez que este, buscando destacar o lugar próprio do Estado, para que não interferisse no âmbito da iniciativa privada - amplo e com ínfimas restrições ao particular -, instituiu o modelo delimitador explicitado amiúde.

Por outro lado, o Estado Social, uma vez empenhado na causa maior do interesse público e do bem-estar social/ bem comum, constitui-se em Estado com peculiaridades próprias, cujo objetivo maior é o de garantir a satisfação de direitos sociais e, para tanto, passa a admitir o emprego de formas diversas de prestação de serviços, condicionadas à busca pela maximização do bem-estar social, finalidade para a qual o modelo a ser adotado, no que diz respeito à relação do Estado com a Sociedade (particulares), parece ser outro, distinto do modelo de soma zero, adepto a vislumbrar novas possibilidades de atuação estatal e privada, de forma a revelarem-se ajustadas e adaptadas para a satisfação do intuito principal do Estado Social – o bem-estar social.

---

Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 21, inciso X]. O serviço postal é prestado pela Empresa”. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de entrega de correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de junho de 1978. Ato normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao serviço postal. Previsão de Sanções nas hipóteses de violação do privilégio postal. Compatibilidade com o sistema Constitucional vigente. Alegação de afronta ao disposto nos Arts. 1º, inciso IV,; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos princípios da livre concorrência e livre iniciativa. Não-caracterização. Arguição julgada improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao art. 42 da Lei nº 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no. Art. 9º da Lei. Acórdão em ADPF 46. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020. 05 Ago. 2009.

Assim, não se fazem necessárias grandes e dificultosas perquirições a respeito de qual seria esse modelo, quando a própria Carta Magna – de cariz dirigente - indica de forma clarividente a forma a que se atém o Estado Social de Direito quando dispõe acerca de determinados direitos sociais, aprioristicamente, eximindo-se de possíveis contradições, quando lhes confere tratamento de **serviço de relevância pública**. Contudo a referida Carta mencione expressamente o termo em dois dispositivos<sup>41</sup>, vale a compreensão do que ele significa no contexto atual, e porque enseja a teorização de um novo modelo, o modelo da zona híbrida, distinto do modelo de soma zero. Nesse sentido, Marcelo Henrique dos Santos<sup>42</sup> profere:

a leitura a ser feita da Constituição, enquanto instrumento positivo, deve se desenvolver dentro de **contornos realísticos**, vale dizer, o que se espera é um mecanismo que expresse a realidade fenomênica, o que se busca é uma Carta verdadeira, no sentido dogmático-político e que seja capaz de construir um conhecimento constitucional inafastável da contextualização social. *[grifo nosso]*

Portanto, dando seguimento à contextualização social do que consta disposto na Constituição, Paulo Modesto<sup>43</sup>, na contramão de demais renomados autores, exsurge na linha de Vital Moreira, abarcando a possibilidade da existência de uma zona híbrida no campo das prestações de serviços à população. Tal zona híbrida imbuiria o serviço público, que *a priori* encontrava-se restrito ao Estado, ao modelo privado, de modo tal que a dicotomia originariamente binomial, excludente (Se  $x$  é A, então não é B, se  $x$  é B, não é A), daria lugar a um canal de convergência: no âmbito da prestação de determinados serviços, tanto o Estado atuaria em encargo próprio, de caráter ordinário, quanto os particulares, sem necessidade alguma de autorização estatal, poderia atuar em âmbito próprio, da livre iniciativa<sup>44</sup>, sob regime jurídico próprio.

---

<sup>41</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; E 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.

<sup>42</sup> SANTOS, Marcelo Henrique do. **SUSreal**. Março, 2011. Disponível em: <http://susreal.blogspot.com.br/2011/03/importancia-do-conceito-de-relevancia.html>. Acesso em: 13 de janeiro de 2013.

<sup>43</sup> MODESTO, op. cit.

<sup>44</sup> A atuação do particular se daria estritamente no modelo da livre iniciativa, como rege o parágrafo único do art. 170 da C.F: Art. 170. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Tal situação, para a visão tradicional, parece complexa e, até mesmo, confusa, haja vista que uma mesma ação/prestação de serviço seria de competência originária, tanto do Estado, quanto da iniciativa privada, desde que respeitados os princípios e normas constitucionais norteadores do serviço em pauta. Perguntar-se-ia até que ponto poderia uma mesma ação/prestação de serviço, correspondente a um direito social, ser regida, ora por regime de direito público, ora por regime de direito privado.

Diante de todos os apontamentos até agora realizados no presente trabalho, é possível traçar uma linha condutora à especificação dos serviços de relevância pública. São esses os serviços sociais, enaltecidos no modelo de Estado Social de Direito, cuja concretização é ínsita a esse modelo de Estado pela via prestacional – prestação em sentido estrito – visando a consolidar o fundamento da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana, ápice objetivado pelos direitos sociais, o bem maior da pessoa humana, a **vida digna**.

Destarte, os serviços de relevância pública são aqueles que, de um lado exigem, do Estado, a garantia da sua prestação, sob sua responsabilidade, de modo a concretizar o benefício da atividade de interesse geral, a cada um dos indivíduos que compõem a coletividade e que a ele recorre para fruição imediata, reguladas sob a égide do regime de direito público, assim como o serviço público; de outro lado, são livres à atuação da iniciativa privada na prestação dos mesmos serviços, sob regime jurídico próprio – privado -, sem que sejam obrigados a prestá-lo, mas que, uma vez que optem por prestá-los, por executarem atividades de relevante interesse público - as quais dizem respeito à concretização de direitos sociais -, são suscetíveis à rígida fiscalização e regulação pelo Estado, de suas atividades, de modo que sobre elas irradiam alguns dos princípios que formam o sustentáculo do regime dos serviços públicos como, por exemplo, o princípio da universalidade, da regularidade e da igualdade, em respeito, sobretudo, à eficácia horizontal dos direitos humanos – os quais culminam no princípio dignidade da pessoa humana.

Além de o Estado e do particular poderem atuar, quanto aos serviços de relevância pública, no âmbito do regime jurídico próprio, em caráter ordinário, ou seja, o Estado no regime jurídico de Direito Público, e o particular, no regime jurídico de direito privado – face à fiscalização e regulação estrita do Poder Público -, existe ainda a possibilidade de o Estado firmar acordos com a iniciativa privada para que esta, em regime jurídico público, atue no ramo de prestações de serviço que incumbem ao Estado, mas que por ordem da crise no aparelho Estado – burocratização, dificuldade de efetividade na gestão e recursos escassos – e em benefício do usuário, para dar efetividade ao interesse público de modo concreto, em real

atendimento a este, seriam melhor atendíveis com recursos da iniciativa privada em colaboração com o Poder Público.<sup>45</sup>

Paulo Modesto reitera seu posicionamento acerca dos serviços de relevância pública como uma alternativa ao modelo de soma zero, estático, ultrapassado, para dar lugar ao modelo de zona híbrida, sendo exatamente nesta que se encontram os serviços de relevância pública,

rol de atividades que dispensa título especial de autorização tanto para o Estado quanto para os particulares, mas que cumpre papel relevante no fornecimento de utilidades vitais para os cidadãos, sendo especialmente protegida na Constituição Federal (v.g. Art. 129, II)<sup>46</sup>

Com relação à classificação dos serviços de saúde, a Constituição Federal não deixa espaço para dúvidas, uma vez que dispõe expressamente sobre: a) o dever do Estado com relação às ações e serviços de saúde (prestação direta); b) a possibilidade de atuação livre da iniciativa privada na prestação de serviços de assistência à saúde, sob regime jurídico privado; c) a possibilidade de atuação da iniciativa privada, no Sistema Único de Saúde (SUS), sob regime jurídico público, em caráter complementar. Os artigos da Constitucional que, respectivamente, embasam tais apontamentos podem ser transcritos abaixo:

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. [*grifo nosso*];

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**. [*grifo nosso*]

Art. 199, *caput*: 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. [*grifo nosso*]

---

<sup>45</sup> Nas palavras de Paulo Modesto: “O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador dos serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parceria ágeis para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos.” (MODESTO, op. cit., p. 21-22).

<sup>46</sup> MODESTO, op. cit., p. 25.

Portanto, sob a égide de um novo modelo, o modelo de zona híbrida, os serviços de relevância pública encontram espaço na atuação pública, sob as vestes do serviço público, na atuação privada em regime próprio, e na atuação privada em regime de direito público, conforme especificação no tópico seguinte.

### 3.2 AS POSSÍVEIS ATUAÇÕES NA ESFERA DA SAÚDE NO BRASIL: ATUAÇÃO PÚBLICA (DIRETA) E ATUAÇÃO PRIVADA (SUPLEMENTAR E COMPLEMENTAR)

A qualificação de “unicidade”, referente ao sistema de saúde pátrio (Sistema **Único** de Saúde), segundo os estudos de Fernando Mânica, apresenta certa impropriedade de nomenclatura quando diz respeito à incumbência relativa ao conjunto das ações e serviços de saúde prestados, porquanto estes podem ser desenvolvidos em dois subsistemas, quais sejam, o público e o privado autônomo.

No primeiro, atuam como sujeitos ativos tanto o Estado – na prestação direta dos serviços de saúde – quanto as entidades privadas que, por se submeterem, estas, ao mesmo regime dos órgãos públicos atuantes na área da saúde, não protagonizam papel de fragmentador do subsistema público, mantendo esse seu qualitativo de único e público – Saúde Complementar.

O segundo subsistema configura âmbito de atuação exclusivo de entidades privadas, as quais atuam sob o manto de regime jurídico próprio, ou seja, privado, restando-lhes a sujeição à fiscalização, regulamentação e controle do Poder Público, por atuarem na seara da saúde, direito fundamental de interesse público que, devido a essa sua natureza, enseja a regulação Estatal – Saúde Suplementar. Nesse último caso, o modo pelo qual se constrói a fiscalização do Estado com relação ao serviço de interesse social prestado pela entidade privada ocorre mediante a **autorização**, que diferentemente das concessões e permissões públicas não dizem respeito a um serviço público, mas a um ramo de atividades que “quando exercidas por particulares não são serviços públicos, mas sim atividades privadas regulamentadas.”<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de Serviço Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 16, nov./dez./jan., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

Nesse caso, Alexandre Aragão enfatiza que a autorização administrativa configura um ato de exercício do poder de polícia administrativa com o fito de regular o setor de atividades passíveis de atuação pela iniciativa privada, livremente. Desse modo tem-se que é a natureza do serviço, estatal ou privado, que determina a forma como ele será prestado – sob regime de concessão/permissão, se entidades privadas exercerem atribuições na esfera de serviços públicos como delegatárias do Estado, ou sob autorização administrativa, quando a entidade privada atua com titularidade própria em regime ordinário, próprio - e não o contrário. Com propriedade, afirma o jurista:

Se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal, o instrumento que legitima sua prestação por particulares terá necessariamente natureza contratual.<sup>48</sup>

Ademais, frisa-se que a delegação de serviços públicos, por meio de concessão e permissão, como autorizado no art. 175 da CF, é nas palavras de Alexandre Aragão “tradicionalmente associada aos serviços públicos econômicos, ou seja, àqueles que, reservados ao Estado, são capazes de gerar lucro mediante o pagamento de tarifas por seus usuários”.<sup>49</sup> No entanto, quando se trata da nova seara dos serviços públicos, ou seja, aquele que envolve uma prestação no sentido estrito, exercidos pelo Estado, mas sem exclusão da iniciativa privada, o ordenamento jurídico pátrio tem aberto novas portas para que o instituto da delegação seja estendido aos serviços públicos sociais, por mecanismos contratuais outros que, a princípio, diferem dos mecanismos de concessão e permissão previstos para os ditos serviços públicos econômicos – nos quais existe a cobrança de tarifa ao usuário por parte do poder concessionário.

Nesse sentido, e adentrando ao que há pouco se discorreu sobre a saúde inserida no seio dos serviços de relevância pública, quando se trata de serviços públicos sociais diz-se da “delegação” do exercício de uma atividade, com o apoio do Estado, que poderia ser exercida, por direito próprio, tanto pelo Estado quanto pelo particular.

No âmbito da Saúde Complementar, portanto, não há que se falar das formas de delegação próprias dos serviços públicos econômicos, que necessariamente envolvem uma contraprestação singular do utente, nem tampouco de autorização administrativa, uma vez que

---

<sup>48</sup> ARAGÃO, 2009, op. cit., p. 25.

<sup>49</sup> ARAGÃO, 2009, op. cit., p. 36.

o particular não necessita desta para atuar, se assim quiser, na prestação dos ditos serviços sociais – na abordagem em tela, em especial, nos serviços de saúde -, pois já tem respaldo legal para atuar em regime jurídico próprio.

Dessa forma, a Saúde Complementar envolve o acordo entre ente público e ente privado na prestação de um tipo de serviço social, o serviço de saúde. Isso porque um serviço social pode ser prestado exclusivamente por ambos os agentes, em regime de direito ordinário, próprio, cada qual em sua esfera jurídica e, admite, também, a inserção do particular em atividade cuja garantia da disponibilização incumbe à Administração Pública – serviço público. Quando se trata da prestação de serviços de saúde sob regime jurídico público no Brasil, fala-se, inevitavelmente, e independentemente do sujeito que sob seu manto atuará – particular ou Administração Pública – no Sistema Único de Saúde – SUS.

#### **CAPÍTULO 4 - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS**

O Sistema Único de Saúde é a instituição jurídica criada a termo da Constituição Federal que, em seu artigo 198<sup>50</sup>, institui a criação de um sistema único incumbido de implementar a política de saúde obrigatória do Estado aos seus cidadãos. É o SUS o protagonista da Saúde Pública, da atuação estatal nos serviços de saúde no Brasil. Sua principal função é a de organizar e executar, por meio dos seus órgãos, ações e serviços de saúde pública no Brasil a fins de promoção, prevenção e recuperação da saúde<sup>51</sup>.

O Sistema em si não detém personalidade jurídica própria, no entanto, organiza e integra demais instituições, autônomas e complementares entre si, as quais são dotadas de personalidade jurídica e executam as funções sanitárias do Estado.

Sua composição, preponderantemente constituídas de instituições jurídicas de direito público, também agasalha a iniciativa privada em caráter complementar, conforme artigo 4º, § 2º, da Lei Orgânica do SUS (LOSUS)<sup>52</sup>.

---

<sup>50</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 [...].

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui



Sua principal atribuição é a atenção à saúde, que abrange desde a **assistência** à população na área da saúde, com atividades que garantem diretamente o direito à saúde<sup>53</sup>, até as atividades estatais que asseguram a saúde por vias indiretas, tais como a participação na formulação de políticas e execução de saneamento básico, a execução de vigilância sanitária e epidemiológica, dentre outras ações hábeis a prevenir o risco de doenças.

#### 4.1 LEGISLAÇÃO: PRINCIPAIS DIPLOMAS NORMATIVOS A RESPEITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O conjunto normativo que rege o Sistema Único de Saúde (SUS) encontra em seu topo, com maior grau de imperatividade, abrangência e dotada de superioridade máxima, a Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange aos princípios, diretrizes, organização e atribuições do SUS. Ademais, a Lei 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS) e a Lei 8.142/90, ambas situadas no âmbito da produção normativa ordinária, compõem o arcabouço legal principal do SUS.

Em linhas gerais, a Lei 8.080/90 ( Lei Orgânica do SUS - LOSUS) preocupou-se em conceituar os elementos e fatores que compõem o sistema, bem como no que tocam ao seu objeto (saúde), a dispor sobre as condições no que tange às ações e serviços em saúde, a organização e o funcionamento do sistema e seus serviços. A lei 8.142/90, por sua vez, delimitou-se a dispor sobre a participação da comunidade na gestão do sistema - regulamentando sobre as Conferências de Saúde e sobre os Conselhos de saúde - e sobre o financiamento deste, mais pontualmente no que diz respeito às transferências intergovernamentais.

Ademais, debruça-se sobre a instituição uma vasta produção normativa, que aqui não cabe especificar uma a uma, haja vista a delimitação do tema e do espaço. No entanto, vale mencionar a Norma Operacional Básica, fruto de acordo entre União, Estado, Distrito Federal (D.F) e Municípios em sede da Comissão Intergestora Tripartite, com aprovação do Conselho Nacional de Saúde, emitida por meio de Portaria do Ministério da Saúde para regular as

---

o Sistema Único de Saúde-SUS. § 2º - A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde-SUS, em caráter complementar.

<sup>53</sup> Fernando Borges Mânica considera que a Atenção à Saúde envolve as atividades estatais diretas no âmbito da saúde, constantes da assistência à saúde – promoção, proteção, recuperação da saúde -, até as atividades estatais indiretas, como vigilância sanitária e epidemiológica, por exemplo (MÂNICA, op. cit.).

relações entre as esferas autônomas de governo, conferindo materialização aos princípios e diretrizes do SUS.

Por fim, o recente instrumento de suma relevância no que diz respeito à saúde complementar e, por conseguinte, à regulamentação da participação privada no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) é a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.034/2010, a qual será foco de análise e estudo deste trabalho oportunamente, no relatório final.

#### 4.2 SUS - ORGANIZAÇÃO

O SUS abrange entidades da Administração Direta e Indireta, a saber:

- a) Ministério da Saúde (administração direta), entidade máxima do SUS no âmbito da União, e no próprio sistema em sua integralidade. Porquanto seja responsável por editar as **normas administrativas gerais**, tem sua autoridade estendida a todos os demais órgãos do Sistema e também, no que diz respeito à regulação fiscalização e controle, a todos as entidades responsáveis pela assistência à saúde, inclusive as que habitam o âmbito exclusivo da livre iniciativa privada, na denominada, Saúde Suplementar e, também, representando a Direção Única do SUS em âmbito Federal. Fernando Aith descreve com propriedade sua disposição: “além da estrutura básica (secretaria executiva, gabinete do Ministro e Consultoria Jurídica) reúne órgãos de assistência imediata, órgãos colegiados, como o Conselho Nacional de Saúde, o Conselho Nacional de Saúde Suplementar e tem como entidades vinculadas autarquias (ANVISA e a ANS), Fundações Públicas (Oswaldo Cruz e Nacional de Saúde) e Sociedades de Economia Mista (alguns hospitais)”<sup>54</sup>. Todas essas instituições jurídicas são responsáveis, no âmbito federal, pelas ações e serviços públicos de saúde;
- b) Autarquias especiais (administração indireta), também recebem o nome de Agências, e são vinculadas por lei e geralmente por contrato de gestão, ao Ministério da Saúde, estando sujeitas às suas determinações. Na área da saúde abrangem:

---

<sup>54</sup> AITH, op. cit., p. 344-347.

- i) Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA, que tem a função de fiscalizar, bem como coordenar, por meio de edição de normas gerais, ações de vigilância sanitária executadas pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, bem como demais produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde. Dotada de autonomia administrativa e financeira, seu papel é o de atuar mais incisivamente no âmbito de prevenção de riscos de doença e outros agravos à saúde, por meio de ações direcionadas na sua esfera de competência;
  - ii) Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS cuja atuação embasa-se nas mesmas diretrizes seguidas pela ANVISA, mas é responsável por regular, controlar e fiscalizar as ações e serviços de saúde empenhados pelas instituições de direito privado que atuam na esfera da saúde suplementar, a fim de assegurar a defesa do interesse público, haja vista que as ações sanitárias detêm natureza jurídica, constitucionalmente estabelecida, de “serviços de relevância pública”. Por essa expressão tem-se que as atividades de saúde, embora designadas à livre atuação das entidades privadas, são obrigatoriamente sujeitas a fiscalização, regulação e controle da Administração Pública para o adequado funcionamento de suas gestões e prestações de serviços, conforme submetida à relação jurídica de índole fiscalizatória com o SUS;
- c) Instâncias colegiadas de caráter deliberativo, instituídas pela Lei nº 8.142/90<sup>55</sup>:
- i) Conferência de saúde: instituição – instituição que serve à realização da faceta ativa do direito da saúde, qual seja, a da participação popular, constitui recurso essencial à participação da sociedade civil, por ordem da representação dos diversos segmentos sociais, na formulação de políticas públicas de saúde, por meio de deliberações propositivas de orientação dessas políticas, bem como na avaliação destas. Conquanto suas deliberações não sejam vinculativas dos gestores públicos, consistem em

---

<sup>55</sup>Art. 1º: O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; II - o Conselho de Saúde.

mecanismo de legitimação das políticas por eles adotadas para que se concretize a vontade da sociedade, mormente no que tange a honrar o regime democrático adotado pelo Estado brasileiro. Sua existência é obrigatória nas três esferas da Administração – municipal, Estadual e federal -, e sua operacionalização se dá por meio de reuniões quadrienais;<sup>56</sup>

- ii) Conselho de saúde, ao contrário das Conferências de Saúde, atua de forma permanente, emitindo decisões de estratégias e controle da execução da política de saúde em cada esfera de poder – municipal, estadual e federal -, de forma obrigatória, inclusive no que tange a aspectos econômicos e financeiros – como as transferências de recursos de uma instância à outra - vindo a contribuir “para a melhoria da atenção básica, redirecionando prioridades e tornando mais transparente a alocação de recursos (**sete respostas positivas**), melhorando a eficiência da gestão pública (**seis respostas positivas**) e a relação entre a Secretaria de Saúde e a comunidade (**quatro respostas positivas**).”<sup>57</sup> Em sua composição, encontram-se representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais da área da saúde e usuários, cujas representações devem se dar de modo paritário. Ao serem instituições de mesma natureza devem, o Conselho e a Conferência de Saúde, atuar de maneira conjunta na esfera correspondente, de modo que àquele cumpre “discutir, elaborar e aprovar proposta de operacionalização das diretrizes aprovadas pelas Conferências de Saúde”.<sup>58</sup> Insta ressaltar que a existência do Conselho é obrigatória para que haja repasse de recursos na esfera de poder em cuja gestão se encontra os programas de saúde.

---

<sup>56</sup> Art. 1º, § 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

<sup>57</sup> VAN STRALEN, Cornelis Johannes et al. Conselhos de Saúde: efetividade do controle social em municípios de Goiás e Mato Grosso do Sul. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, set. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232006000300011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232006000300011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 2 set. 2012.

<sup>58</sup> O inciso III, da Quinta Diretriz, da Resolução nº 333 do CSN diz que aos Conselhos de Saúde Nacional, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, compete: discutir, elaborar e aprovar proposta de operacionalização das diretrizes aprovadas pelas Conferências de Saúde (BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 333, de 4 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 dez. 2003. Seção 1, p. 57, col. 1).

- iii) Conselho de Saúde Suplementar (Consu): Órgão que tem por escopo atuar na definição, regulamentação e controle das ações relacionadas com a prestação de serviços da saúde suplementar.<sup>59</sup>
  
- d) Fundo de Saúde: instituição jurídica responsável pela gestão dos recursos financeiros destinados à implementação dos programas do SUS, originados em sua maioria do Orçamento da Seguridade Social, dentre outras contribuições sociais, com o escopo de manter um financiamento permanente e equilibrado. Sua administração é desempenhada pela Direção Única da esfera de governo em cada uma das esferas de poder administrativo. Assim como o Conselho de Saúde, a existência do Fundo de Saúde é requisito obrigatório para a obtenção de recursos destinados a cada um dos municípios, estados e também à União para a execução de ações e serviços de saúde sobre suas respectivas gestões;
  
- e) Demais órgãos vinculados:<sup>60</sup>
  - i) Fundação Nacional de Saúde (Funasa) – entidade da administração indireta que promove ações e serviços de saneamento para a população brasileira, além de ser responsável pela promoção e proteção à saúde dos povos indígenas;
  - ii) Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) – entidade da administração indireta que atua no desenvolvimento de pesquisas, fabricação de vacinas, medicamentos, reagentes e kits de diagnóstico, bem como na prestação serviços hospitalares e ambulatoriais, de atividades de ensino;
  - iii) Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás): empresa pública, portanto, componente da administração indireta, cujo objetivo é produzir hemoderivados para o tratamento de pacientes do SUS;
  - iv) Grupo Hospitalar Conceição, consiste em sociedade de economia mista (administração indireta) e é composto pelos Hospital N. S. da Conceição, Hospital Fêmeina e Hospital Cristo Redentor, os quais atendem a população

---

<sup>59</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Entendo o SUS**. Brasília: 2006. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha\\_entendendo\\_o\\_sus\\_2007.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf)>. Acesso em: 2 set. de 2012, p. 27.

<sup>60</sup> Ibid.

de Porto Alegre, sua região metropolitana e o interior do estado do Rio Grande do Sul.

#### 4.3 SUS – OBJETIVOS

Os principais objetivos do SUS estão colacionados no artigo 5º da LOSUS (Lei nº 8.080/90) e podem ser traduzidos em:

- a) redução de riscos de doenças e outros agravos à saúde, por meio de formulação e execução de políticas sociais e econômicas que atuem nesse sentido, enfatizando o caráter preventivo da atenção à saúde que se busca inaugurar, em grande dimensão, no sistema que a CF propõe ao estatuir ao SUS, regulado na lei em comento;
- b) estabelecer condições para disponibilizar, com efetividade, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (assistência à saúde em sentido estrito), buscando incorporar no SUS os princípios veiculados no artigo 196 da CF, conforme já descrito anteriormente;
- c) a formulação de políticas de saúde direcionadas, tanto no campo social quanto no econômico, à observância do dever do Estado na garantia da saúde, segundo os parâmetros estabelecidos, por meio de ações de prevenção e assistência à saúde, universais e igualitárias;
- d) bem como para fins de pesquisa e desenvolvimento nesta área, segundo interpretação legislativa conforme conceito de saúde estabelecido pela OMS, o qual agrega o fator “desenvolvimento”;
- e) execução da assistência à saúde (entendida, esta, como ações de promoção, proteção e recuperação da saúde), de forma a integrar ações preventivas e curativas (assistenciais);
- f) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde. Segundo o artigo 3º da LOSUS “a saúde tem como fatores determinantes, dentre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. Assim, a nova percepção da saúde, agasalhada pela legislação pátria, focaliza fatores externos aos da saúde, a exemplo das questões macro-econômicas, bem como as assinaladas no artigo supracitado, como essenciais/imprescindíveis ao processo

saúde/doença/bem-estar da população e, por esse motivo, dão a eles tratamento específico, na seara da prevenção, inserida no conjunto de incumbências de “atenção à saúde”. Destarte, uma série de estudos realizados pela OMS, tanto no âmbito nacional, tem mostrado que os determinantes constituem mecanismos causais que relacionam a desigual condição de vida e de trabalho com o índice de mortalidade e morbidade.<sup>61</sup>

De tudo quanto fora traçado nos estudos e legislação sobre o tema, pode-se extrair que o sistema de saúde não é o único responsável pela promoção e manutenção de saúde, ou seja, não basta que políticas sejam executadas pontualmente somente no que tange à assistência à saúde em sentido estrito, ou somente na esfera de incumbência do SUS, mas deve-se considerar que devem ser propostas e executadas políticas que atuem em diversos âmbitos da vida em sociedade – jurídico, político, econômico, social, educacional, ambiental, urbano, dentre outros -, já que estas, individualmente e no seu conjunto, são intensamente responsáveis pela saúde e bem – estar da população, ou do contrário, pela má satisfação e grau de enfermidade, conforme o nível de desenvolvimento de formulação e execução dessas políticas.

Sobretudo, o objetivo de identificação e divulgação dos determinantes da saúde corrobora tanto para a atuação do Estado, quanto dos segmentos sociais, a partir do momento em que tomam consciência de seus deveres perante si e perante a coletividade, para modificação de condutas, inclusive. Segundo GAMA E COLOMBO<sup>62</sup>, o conceito de determinantes sociais em saúde envolve as “circunstâncias em que as pessoas nascem, crescem, vivem , trabalham, e envelhecem, bem como os sistemas estabelecidos para combater as doenças”, reafirmando e reestabelecendo o paradigma do enfoque preventivo nos cuidados da saúde, em detrimento do enfoque curativo, assistencial, médico – privatista do modelo flexneriano, já explicitado nesse trabalho.

#### 4.4 SUS – ABRANGÊNCIA

---

<sup>61</sup> REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, J. S dos. (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 226.

<sup>62</sup> REZENDE, op. cit., p. 230.

Ao adotar o modelo de atenção à saúde integral, o Estado, por meio do SUS, acaba por abraçar uma série de incumbências que superam a assistência à saúde em sentido estrito para abranger a ação em favor de algumas determinantes da saúde, de modo a favorecê-la, no âmbito da coletividade, e promover as condições de seu desenvolvimento por cada indivíduo.

Nesse sentido, a NOBS 1/96 determina os campos em que se organiza a saúde, instituindo, além do campo da assistência - de abordagem direta às pessoas em âmbito hospitalar, ambulatorial, domiciliar -, o das intervenções ambientais, com a participação do SUS na operação de sistemas de saneamento e condições sanitárias, bem como no controle de vetores e hospedeiros e, como dito acima, o campo das políticas externas ao setor saúde, relacionadas nos determinantes sociais do processo de saúde-doença.<sup>63</sup>

O artigo 6º da LOSUS, por sua vez, detalha as resoluções instituídas pela NOB 1/96, esquadrihando o campo de atuação do SUS, com base no artigo 200<sup>64</sup> da CF/88, em: ações de vigilância sanitária, epidemiológica, de saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; a vigilância nutricional e orientação alimentar; a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas, para consumo humano; participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. O mesmo ocorre nos incisos que determinam a vigilância alimentar e nutricional, bem como de água, e de todas as substâncias capazes de afetar a saúde humana. Tal artigo é minucioso no que importa à noção já difundida na legislação pátria da associação de ações preventivas, curativas e participativas.

Além disso, o caráter dirigista da Constituição de 1988 incitou o caráter da planificação das políticas públicas da saúde também nas legislações infraconstitucionais que

---

<sup>63</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.203 de 5 de novembro de 1996**. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203\\_05\\_11\\_1996.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html)>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>64</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 444.



as escora. Isso porque o planejamento é uma tendência nos ordenamentos jurídicos hodiernos e corrobora para que as ideias e noções formuladas, politicamente, contem com liame direto ao plano real para sua concretização ordenada, a exemplo da incumbência do SUS de ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde. Ora, pois esse intento poderia ter surgido antes, sem que fosse passado para o papel; no entanto, sua consubstanciação legislativa concede uma linha norteadora aos gestores e executores do SUS para que organizem o sistema de maneira efetiva e legal. Ademais, propicia à população, sejam usuários ou trabalhadores do sistema, maior facilidade para cobrança judicial, caso esta seja necessária, por descumprimento estatal da legislação.

#### 4.5 SUS – COMPETÊNCIAS

Com relação às competências no âmbito da saúde, tem-se que o critério norteador da CF/88 na distribuição dessas competências foi o da predominância de interesse, em cada ente da administração.

Tal distribuição de poderes instrumentais, vale ressaltar, exime qualquer tipo de hierarquia entre União, Estado e municípios, seja na competência material ou legislativa. O que se verifica é que a cada um destes entes existe uma atribuição que lhe é própria, mas que não se sobrepõe a dos outros, assim conferida legislativamente/ legalmente.

De posse dessas informações, o quadro que o ordenamento jurídico revela é o de duas naturezas de competência, quais sejam, a legislativa e a material. Em sede do direito à saúde e de todas as suas disposições, a CF atribuiu aos três entes federativos – município, estado, União – a competência simultânea para assuntos e execuções deste teor. Assim, no que tange às competências materiais, ou seja, do ramo executivo, temos a competência comum, o que quer dizer que todos os entes da federação são obrigados a atuar em defesa da saúde, como profere o artigo 23 da CF/88:

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;

À União, representada no Ministério da Saúde, cabe a gestão do SUS no âmbito nacional, por meio de normativas e ações de coordenação das demais gestões do SUS. Investido nesse papel, tem o dever de formular políticas nacionais, promovendo condições e incentivando o gestor estadual a propiciar o desenvolvimento dos sistemas municipais. Assim, a implementação é feita pelos seus parceiros (estados, municípios, organizações do terceiro setor e iniciativa privada), de modo que à União, per si, cabe manter o sistema harmonizado e integrado em todas as suas esferas para a efetivação das prestações de ações e serviços de saúde, avaliar e manter o controle do SUS e financiar a rede pública de saúde em sua maior expressão.

O governo estadual, por sua vez, é o responsável por aplicar as políticas nacionais, provindas da União, por intermédio do Ministério da Saúde, bem como as políticas próprias, estaduais, organizando e coordenando o atendimento em seu território, por meio das secretarias próprias, em respeito à normatização federal, materializando a direção única da gestão estadual. A atuação da gestão estadual é muito próxima à gestão municipal, em sede da saúde, motivo pelo qual o próprio gestor estadual é responsável por aplicar recursos próprios, no seu âmbito de atendimento, bem como nos municípios, inclusive os provenientes de repasse da União. Ainda, deve promover condições e estimular os municípios para que estes organizem suas próprias gestões de serviços de saúde ao público de maneira integral, de forma que, caso a gestão da atenção à saúde dos habitantes locais ainda não tenha sido adequadamente estruturada – conforme parâmetros legais -, o Estado tem a incumbência temporária de tomar para si esta gestão até o município em pauta tomar todas as providências para poder assumir a responsabilidade desta gestão, com o fito de não deixar que seus munícipes não careçam de serviços de saúde, que deve ser acessível a todos, universal e igualmente.

Por fim, ao município cabe o encargo da prestação direta das ações e serviços públicos de saúde para os seus habitantes, ou então, o da parceria com entidades privadas – por meio de contratos de direito público ou convênios - para a prestação indireta dos mesmos serviços aos munícipes. Nessa instância federativa, as políticas de saúde são aprovadas pelo Conselho Municipal de Saúde (CMS) e aplicadas diretamente aos cidadãos, constituindo-se a tendência do sistema público de saúde pátrio chamada de municipalização dos serviços de saúde<sup>65</sup> em

---

<sup>65</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 15.

que se entende mais efetiva a prestação de serviços de saúde diretamente por aquele ente que tem maior proximidade e facilidade de acesso aos cidadãos, qual seja, o município. Este, portanto, consiste na base do Sistema Único de Saúde e congrega, via de regra, o maior aporte de unidades, ações e serviços de saúde, elemento que será analisado com proficuidade em tópico futuro deste trabalho.

Na seara legislativa, a competência dos entes da federação é concorrente, o que quer dizer que as atribuições são outorgadas simultaneamente a mais de um ente federativo. Assim, a exceção de competência legislativa que paira sobre a matéria da saúde é a privativa da União quando diz respeito à normatização da seguridade social.

No restante, o artigo 24 da CF pronuncia:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI – [...] proteção do meio ambiente e controle da poluição; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

A União tem como dever editar normas gerais as quais “prescrevem princípios, diretrizes sistemáticas, disciplinam matérias que extravasam o interesse meramente estadual ou municipal. É uma Lei quadro, moldura legislativa.”<sup>66</sup> Já os Estados podem editar as normas suplementares, que se enquadram na categoria de legislação decorrente – da norma geral -, ou seja, compõem normas de regulamentação, bem como normas específicas que consideram as peculiaridades do local em que se edita a norma, suprimindo o interesse específico dessa esfera da administração. Vale lembrar que no que tange à produção normativa, o Estado se vê limitado ao disposto na norma geral emitida pela União, de modo que não pode extravasar seu conteúdo - desde que, naturalmente, a norma expedida pelo Congresso Nacional tenha verdadeiro caráter geral. Com relação aos municípios, determina o inciso II do artigo 30 da CF que “compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Dessa forma, o município pode suplementar a legislação federal e estadual no que lhe assistir viável, ou seja, dentro dos limites materiais estabelecidos por essas normatizações, de

---

<sup>66</sup> ROCHA, op. cit., p. 14.

modo a atender as necessidades locais da gestão da saúde pública, bem como das ações e serviços prestados na área local.

A respeito das competências dos entes federativos, a atribuição de competências simultâneas no que tange à saúde vem a confirmar o princípio da cooperação e da responsabilidade compartilhada de proteção à saúde, tanto entre os entes federativos, e seus contratados ou conveniados na área da saúde, como entre o indivíduo, a família e a sociedade<sup>67</sup>.

#### 4.6 SUS – PRINCÍPIOS

O rol do artigo 7º<sup>68</sup> da LOSUS traz à baila os princípios que regem o Sistema Único de Saúde, donde conserva o mérito do SUS perante sua existência e suas incumbências. Malgrado o referido artigo tenha embaralhado o que se pode chamar de princípios com o que se pode chamar de diretrizes, cabe a nós fazermos um estudo aprofundado de ambos a fim de exaltar o real significado de cada, em um sistema complexo e organizado como o SUS. Tal estudo deve ser realizado em atenção constante ao fato de que os princípios e diretrizes se inter-relacionam e se comunicam, de modo que a análise deve ser conjunta a ponto de extrair o espírito fundante do Sistema.

---

<sup>67</sup> LOSUS, artigo Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

<sup>68</sup> 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 artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como um 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 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.

### 4.6.1 Universalidade

O princípio veiculado no inciso I do referido artigo é o da universalidade, já mencionado anteriormente nesse trabalho e de acordo com o qual o direito à saúde deve ser atribuído ao homem enquanto gênero “ser humano”, de modo que o “o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, renda, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais<sup>69</sup>”. O acesso ao Sistema tem de ser garantido, de modo que os seus serviços estejam à disposição - por meio de pronto atendimento - do indivíduo e da coletividade, independentemente se estes farão, ou não, o uso desses serviços.

A normatização desse princípio configura a vitória da sociedade nas lutas pela acessibilidade aos serviços de saúde a toda população, indiscriminadamente e de forma gratuita<sup>70</sup> lutas estas cujo ápice habita, no Brasil, nas Reformas Sanitárias de 1970.

Junto à igualdade, a universalidade consiste em um dos princípios de maior magnitude dentro do sistema que se pretendeu inaugurar com a Constituição de 1988, haja vista que o objetivo maior da Carta, bem como do Sistema, está centrado no seio da sociedade civil, na própria população, independente de sua riqueza, sua influência política e econômica, suas características físicas e intelectuais. É isso que o princípio da universalidade propaga por um direito essencial à manutenção da vida de toda e qualquer pessoa.

### 4.6.2 Gratuidade

Um dos principais requisitos para que o direito à saúde seja efetivamente universal é a gratuidade dos serviços. Tomados como de natureza de relevância pública, os serviços e ações

---

<sup>69</sup> MATTA, Gustavo Corrêa; MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães. Atenção à saúde. In: Fundação Oswaldo Cruz. – Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. **Dicionário da Educação profissional em Saúde**. 2009. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/atesau.html>> Acesso em: 30 set. 2012.

<sup>70</sup> Gratuita ao usuário, como destinatário final, que contribui para o sistema mediante recolhimento de tributos - agregando-se, assim, a complexa cadeia de fontes que financiam todo o sistema da seguridade social.

de saúde constituem dever do Estado<sup>71</sup>, malgrado a possibilidade da livre iniciativa atuar nesse ramo. No que diz respeito ao dever do Estado, faz-se insubstituível a viabilidade aos usuários dos serviços de saúde pela Administração Pública, os quais devem ser oferecidos de maneira gratuita no momento em que se fizer uso destes. A vedação à cobrança dos usuários diz respeito tanto aos serviços médicos, quanto à permanência em âmbito hospitalar, bem como aos equipamentos utilizados no ato da prestação de serviços públicos de saúde.

Vale ressaltar que o aspecto gratuito dos serviços públicos de saúde não eximem, de forma alguma, os prestadores desses serviços de fornecer um tratamento adequado, conforme a legislação consolidada, e os princípios e diretrizes norteadores do Sistema, pois, além de ser atribuído ao Estado de maneira obrigatória, em um sistema já estruturado para esse fim, o usuário contribui para a implementação dessas ações e serviços não no momento em que se utilizará destes, mas em todos os atos da vida em sociedade que conduzam, automaticamente, à contribuição por meio de tributos não vinculados, ou seja, os impostos.

Por este mesmo fato, de que o custeio dos serviços de saúde se dá pelo pagamento de tributos não vinculados, confirma-se o princípio da igualdade no direito à saúde, já que se constitui de serviço público não divisível, portanto, não sujeito à taxação, senão pelo poder de polícia sanitária.

#### 4.6.3 Igualdade

O princípio da igualdade vem consagrado, no âmbito da Administração Pública, no inciso terceiro do artigo 19 da CF/88 quando diz: “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios [...] criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

O princípio da igualdade constitucionalmente estabelecido (art. 5º, *caput*<sup>72</sup>, art. 19, supracitado) e reforçado na LOSUS, em seu artigo 7º, referencia que as pessoas devem receber tratamento, conforme sua necessidade, seu quadro clínico, igual ao que o outro usuário do Sistema irá receber. Por assim dizer, se o Sistema tem o dever de prover serviços

---

<sup>71</sup> Cf. supra, tópico 4.5

<sup>72</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

segundo a sua máxima capacidade tecnológica – científica, ele é obrigado a cumpri-lo de maneira equânime a todos os usuários desse sistema, de forma que se dois indivíduos apresentam o mesmo tipo de problema, é inaceitável que um receba um determinado nível de tratamento e outro o receba em nível inferior ou superior. Todos devem receber tratamento semelhante.

Nesse sentido, é crucial que o Estado se aperceba das desigualdades materiais que existem no plano fático. Não basta que olhemos a todos os indivíduos como se todos desfrutassem de uma mesma condição socioeconômica, ou morassem em lugares ambientalmente saudáveis, ou então como se todos tivessem a mesma probabilidade de vir a desenvolver uma doença. As pessoas são diferentes por natureza, em sua essência, e também estão suscetíveis a estilos de vida diferentes, devido a contingências sociais, econômicas e políticas. O princípio da igualdade conduz, junto ao princípio da equidade, ao aparelhamento das ações e serviços de saúde à população para proporcionar um tratamento segundo as suas diferenças e desigualdades, de modo a igualá-las no âmbito do Sistema.

O que se pretende enfatizar é que o princípio da igualdade material, consagrado na Constituição de 1988, vem a corrigir desigualdades preexistentes nas condições humanas e nas condições sociais, com vistas a torná-las nulas no âmbito do Sistema que se rege por esse princípio. Como exemplos desses sistemas, além do da saúde, temos o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho que, na medida em que cuidam de relações, as quais envolvem sujeitos dotados de condições díspares na realidade fática, procuram traduzir a igualdade entre esses sujeitos em suas normas e princípios, conferindo ao que são inferiormente desigual no plano fático, prerrogativas que o iguale ao sujeito residente no outro polo da relação, no plano jurídico, transportando essa igualdade e a fazendo repercutir, novamente, no mundo fático.

Assim, nas palavras de WHITEHEAD, Margareth: “a equidade em saúde implica idealmente que todos devem ter uma oportunidade justa de atingir seu potencial pleno de saúde e, mais pragmaticamente, que ninguém deve ficar em desvantagem de alcançar esse potencial, se ele pode ser evitado”.<sup>73</sup>

Destaca-se a importância conferida a um dos pilares da atenção à saúde, quais sejam os serviços de **prevenção**, porquanto, ainda seguindo o fio condutor da igualdade material, a utilização igual, em números absolutos, pela população, pode não significar igual acesso aos

---

<sup>73</sup> WHITEHEAD, Margareth apud REZENDE, op. cit., p. 226.

serviços médicos, já que muitas das pessoas que mais necessitam de tratamento assistencial são aquelas com piores condições sociais de vida (pouca informação, residência em lugares inapropriados à habitação, ausência de estrutura de saneamento básico, maior sujeição a vetores de doença e seus hospedeiros dentre outros). Assim, um número absoluto de indivíduos que utiliza os serviços do Sistema pode não revelar a igualdade de atendimento, já que um número maior de pessoas que necessitam do acesso está excluído deste.

O tratamento preventivo, com ações fulcrais em saneamento básico, vigilância sanitária e epidemiológica, vacinas (...), perfaz o protagonista na empreitada de consolidar a igualdade no aspecto sanitário, pois já resolve problemas radiculares que condicionam a saúde das pessoas. Não de outra forma, pode-se entender que investindo em ações preventivas nos espaços urbanos e rurais, um número maior de pessoas – a coletividade – verá seu potencial de saúde mais bem desenvolvido, com menores índices de doença, e desfrutará de boa qualidade de vida, desafogando os núcleos de atendimentos médico- assistenciais hospitalares – curativos – e procriando a efetividade no tratamento igualitário de saúde.

#### **4.6.4 Cooperação**

O princípio da cooperação no âmbito do SUS indica que entre os entes federados e todas as entidades a eles vinculadas, deve haver uma ação integrada com vistas aos mesmos objetivos, a fim de pôr em relevo a unicidade do sistema, bem como sua eficiência em todas as instâncias administrativas. Percebe-se, sobremaneira, que não há uma realização do direito à saúde efetiva, nos moldes em que fora construída pela legislação pátria, sem a participação conjunta e colaborativa dos entes federados, fato que surge, em grande parte, como consequência das diretrizes de descentralização e integralidade do Sistema.

O caminho traçado pela LOSUS para implantar atitudes de cooperação entre os órgãos administrativos federados encontram-se, genericamente, compilados no artigo XI do Artigo 7º em estudo, envolvendo a “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”.



#### 4.6.5 Interdisciplinaridade

O inciso X do artigo 7º da LOSUS indica que o sistema de saúde deve proceder mediante “integração, em nível executivo, das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico”.

A referida disposição legal fora formulada com vistas a abranger a concepção ampliada de saúde, enaltecida no nosso país a partir da Reforma Sanitária de 70. Essa nova concepção fora inaugurada na Constituição da OMS<sup>74</sup>, ao rejeitar a visão fragmentária, mecanicista e assistencial-curativa de saúde - persistente no mundo até então -, dando ênfase à visão holística e integral da saúde e do bem estar coletivo e individual no âmbito de cada sociedade. Destarte, estudos passaram a relatar que, para atingir objetivos de saúde e bem estar pleno, dever-se-ia levar a cabo políticas públicas que adotassem medidas em diversos campos da sociedade, para que o conjunto destas compusesse a atenção resolutiva dos problemas individuais e coletivos de saúde. Assim, a partir de uma visão integrativa e sistêmica da saúde<sup>75</sup>, considerou-se a interação de fatores (físicos, sociais, ambientais, espirituais...), nestes, inclusos as determinantes/condicionantes da saúde, de modo a exigir uma nova forma de proceder na abordagem da saúde. Nesta se insere a intersetorialidade de ações, em que devem estar vinculadas as práticas nos ramos da saúde, do meio ambiente, de saneamento básico, haja vista que seus componentes e elementos estão necessariamente articulados, não havendo fronteiras entre eles e as influências que exercem nos âmbitos – ambientais, de saneamento básico, de transporte, de economia, de esporte, de lazer, de alimentação, de cultura dentre outros - a que se convencionou delimitar com fins analíticos e didáticos.

Seguindo a prescrição da OMS quanto à determinação da promoção global da saúde, e a constatação da integração do ser humano com o meio ambiente e a sociedade, que encaminham à visão ampliada da doença e da saúde, o artigo 3º da LOSUS vem a divulgar os principais fatores determinantes/condicionantes a fim de que se possa, por este rol, direcionar

---

<sup>74</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS), op. cit.

<sup>75</sup> ANDRADE, João Tadeu de; COSTA, Liduina Farias Almeida da. Medicina Complementar no SUS: práticas integrativas sob a luz da Antropologia médica. *Saúde & Sociedade*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 497-508, 2010. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n3/03.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n3/03.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2012.

ações envolvendo um vasto campo de estudos, de diversas áreas do conhecimento, indicando, portanto, a necessária conjugação de esforços de profissionais que executam serviços dos mais variados, para que com isso torne viável a efetividade das políticas públicas de saúde. Ignorar esse princípio é extremamente nocivo à nova perspectiva de atenção à saúde que se busca implantar nos estados contemporâneos, sobretudo, no Brasil, pois a interdependência das disciplinas conduz à premência na articulação de suas práticas na esfera do Sistema Único de Saúde.

#### 4.6.6 Autonomia

O Sistema Único de Saúde carrega, em sua estrutura, muito dos resultados de estudos realizados acerca dos fatores que influenciavam e impregnavam o processo e a manutenção da saúde no âmago das sociedades analisadas. Uma das realidades observadas e respeitadas para efeito de desenvolvimento de estudo e prática sobre saúde pública dizia respeito à concepção que cada indivíduo detinha, para si, do que seria doença e do que seria saúde. Tal constatação levou os estudiosos a creditarem grande parte do bem estar vital de um indivíduo a ele mesmo.

A partir disso, e a par também das novas preocupações que agregam grande parte da responsabilidade pela saúde ao próprio Estado e à coletividade, surge o princípio da autonomia sob a vertente de que a autonomia individual deve ser preservada para a autodefesa da integridade física e moral, em favor de sua própria incolumidade. A essa vertente é que se atribui, usualmente, a faceta individual do direito à saúde.

Assim, vislumbra-se a preservação da autonomia do indivíduo no quesito saúde quando se propicia ao usuário dos serviços de saúde condições para que seja capaz de, por suas vias, e seu autoplanejamento, controlar os riscos de vir a adoecer ou agravar algum problema preexistente, na maneira inter-relacional com que se situa no mundo, considerando o grau de autogoverno<sup>76</sup> de cada pessoa e, a partir dessa premissa, edificando um novo

---

<sup>76</sup> ASSIS, Marluce Maria Araújo et al. A expressão *saúde*, organização da rede de serviços e cuidado integral no SUS: descompassos entre o marco normativo e a legitimidade social. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, J. S. dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 239.

modelo de cuidado em saúde; conciliar, a partir de uma ação comunicativa entre usuário e funcionário do órgão público de saúde, interesses diversos, entre os explicitados na normativa do Estado, e os interesses particulares daquele a quem se dirige o serviço de saúde, fazendo-o copartícipe<sup>77</sup> no cuidado ofertado por esse serviço.

#### 4.6.7 Informação

O artigo 7º da LOSUS ainda menciona em dois de seus incisos o direito à informação quando o assunto é saúde:

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 artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...) V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário;

O inciso V diz respeito ao direito do indivíduo de obter informação, real e, o quanto possível, precisa, sobre seu quadro clínico após análise diagnóstica fornecida pela instituição de saúde responsável pelos cuidados e serviços que dirige ao usuário. Essa determinação é crucial em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, uma vez que o indivíduo ignora o conteúdo e a matéria inerentes à profissão da saúde, não se encontra hábil a se autoavaliar ou autodiagnosticar, dependendo, para tanto, de profissionais especializados que lhe informem sua condição. A partir desta informação, pode-se aperfeiçoar o princípio da autonomia – pormenorizado em tópico supra - haja vista que, de posse de informações concretas e reais sobre seu estado de saúde, o indivíduo detém o livre arbítrio/ autogoverno para proceder em prol de sua saúde, assim como para procurar cuidados específicos, junto aos órgãos de saúde, no que julga ser o mais benéfico a si mesmo. Não se pode conceber, por este raciocínio, que alguém seja capaz de tomar decisões quanto ao próprio corpo e à própria vida senão quando plenamente integrado da informação apurada sobre sua condição.

---

<sup>77</sup> ASSIS, op. cit., p. 239.

Ademais, o inciso VI do art. 7º da LOSUS não deixa escapar que a informação sobre o potencial de serviços de saúde e sua utilização pelo usuário deve ser divulgada, haja vista que, também em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, o indivíduo deve estar a par do que lhe assiste viável para o cuidado com sua saúde, dentro do espectro oferecido pelo SUS, suas tecnologias, seus serviços, em cada nível de atenção à saúde, e pela divulgação transparente da situação de acessibilidade em que se encontra o Sistema.

Tais informações vêm ao encontro da realidade fática do Sistema de Saúde, que sofre de limitações na sua estrutura, tecnologia, recursos financeiros, orçamentários e recursos humanos. Sob a égide do princípio da integralidade, o Sistema Único de Saúde é obrigado a fornecer todos os meios possíveis de assistência e atenção à saúde do usuário, mesmo que isso não signifique dispor de tudo quanto é necessário, mas executar o cabível dentro do limite viável e possível, conforme a engrenagem do sistema. E é nesse sentido que se faz premente divulgar informações sobre o potencial de potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário.

## 4.7 SUS - DIRETRIZES

### 4.7.1 Descentralização

A diretriz de descentralização vem a sobrepujar antiquadas concepções de políticas públicas, centralizadoras e concentradoras, com vistas a concretizar um sistema de serviços que garanta efetividade nas suas ações.

*A priori*, a noção de sistema, no seio dos serviços públicos de saúde, é distinta da lógica federativa instaurada na República brasileira, haja vista que, nesta, os entes federados detêm autonomia e capacidade de autodeterminação, segundo competências constitucionalmente estabelecidas, enquanto no sistema (SUS), a organização dos serviços de saúde demanda uma integração automática dos entes, de forma que constituam um todo harmônico. Assim, malgrado existam competências no âmbito da saúde pública a cada ente, todos estão compulsoriamente integrados em um único sistema, o qual demanda a combinação de tecnologias (humana, equipamentos, modelo organizacional, medicamentos) por parte dos três entes federados – União, estados/D.F e municípios -, conferindo

materialidade ao princípio da cooperação, em respeito aos demais princípios e diretrizes dados à atenção à saúde, sob pena de desfaltar as ações e serviços de saúde – fato que ensejaria inconstitucionalidade dada a disposição do artigo 196 da CF.

Por outro lado, a autonomia de cada ente federado é preservada na medida em que, a par da descentralização, concentra a direção única para cada nível de governo, o que quer dizer que cada ente federado é responsável pela gestão da saúde, ou seja, pela implementação de ações e serviços de saúde no âmbito de seu governo com vistas à promoção, proteção e recuperação da saúde. A denominação “única”, no que refere à direção do exercício público de saúde, remete à determinação de que deve haver, para cada ente, um gestor respectivo que organiza e executa os serviços e ações de saúde, consoante os princípios e diretrizes elencados no rol do artigo 7º da LOSUS de tal maneira articulada com o exercício das atribuições de saúde nas outras instâncias federativas, a fim de consolidar a atenção integral à saúde. Nas palavras de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior: “A direção única em cada esfera de governo enuncia que cada sistema de saúde (municipal, estadual e federal) deve contar com um respectivo gestor, de regra o titular da pasta setorial dedicada à saúde, vale dizer, o Ministro da Saúde, os Secretários Estaduais da Saúde e os Secretários Municipais da Saúde.”<sup>78</sup>

O artigo 23 da Constituição Federal estabelece, dentre outras atribuições, que é competência comum (portanto, material) da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o dever de assistência à saúde. Destarte, cabe a todos zelar pela execução das políticas de saúde, de modo que passam a compor o rol de responsáveis solidários nesta área; Assim, o cidadão, ou a coletividade, que no exercício de seu direito vier a demandar alguma ação de promoção, prevenção ou recuperação de saúde a qualquer um dos entes - ainda que a ele não tenha sido legalmente incumbido o dever equivalente àquela específica demanda - deve ter assistido o seu direito pelo ente a quem recorreu. Essa responsabilidade solidária, granjeada do regime jurídico de direito privado, decorre da fundamentalidade do direito à saúde que, portanto, não é passível de negativa/isenção pelo prestador obrigatório (Poder Público) e provém do processo dinâmico de descentralização instituído pela Carta Magna (art. 198, I)<sup>79</sup> e pela Lei

---

<sup>78</sup> DALLARI; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 91.

<sup>79</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;

do SUS (art. 7º, IX, a)<sup>80</sup>. Nesse sentido, institui a NOB 1/96 que “Os poderes públicos estadual e federal são sempre corresponsáveis, na respectiva competência ou na ausência da função municipal”. Impõe-se a ressalva de que, ainda que externamente os entes federativos devam responder solidariamente, internamente, ou seja, um com relação ao outro, é possível - e até saudável ao funcionamento do sistema integrado - que se opere a responsabilidade recíproca, em que o ente, que respondendo solidariamente ao dever do outro evitou a omissão estatal, venha a cobrar-lhe sua *quota-parte*.

Uma das principais características da diretriz de descentralização é a transferência de incumbências no serviço público de saúde para os municípios, processo ao qual é dado o nome de municipalização, consoante o disposto na alínea “a”, do inciso XI, do artigo 7º da LOSUS:

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 artigo 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;

#### 4.7.1.1 Municipalização

O processo de municipalização dos serviços públicos de saúde consiste na atribuição de um nível elevado de competências aos municípios, conferindo a eles o encargo de angariar equipamentos, recursos humanos, unidades de atendimento, produtos e medicamentos, ainda que estes não sejam de sua propriedade – mas de propriedade de outro ente federativo, ou até mesmo da iniciativa privada -, sob sua gestão financeira e administrativa, bem como a execução e disponibilização do atendimento nos centros, postos de saúde e hospitais, de maneira integrada às prestações de serviço na área da saúde sob cuidado de outro ente federado, a fim de que viabilize, à toda a população, o acesso integral às ações e serviços de saúde.

---

<sup>80</sup> IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios.

Devido a esse processo, os municípios devem receber o repasse de recursos da União e dos Estados, bem como cooperação técnica<sup>81</sup>, a fim de que se viabilize a intensa atividade de cuidado à saúde no âmbito local, onde assiste à população de maneira direta e imediata.

O processo de municipalização é dinâmico<sup>82</sup>, haja vista que demanda tempo e investimento para que o município torne-se capaz de concentrar a maior parte dos serviços e ações de saúde a seus habitantes de maneira efetiva, integral e isenta de lacunas. Dessa maneira, o repasse de responsabilidades e recursos para o município ocorre desde que este esteja apto a realizar o atendimento integral à saúde de modo efetivo; caso contrário, é possível que haja o movimento inverso, de modo que o Estado ou a União tenham de retomar a gestão dos recursos até que o Município esteja devidamente aparelhado para esta função, o que ocorrerá quando, demonstrado o cumprimento dos devidos requisitos, passarem pelo processo de habilitação (previsto no item 15, da NOB 1/96)<sup>83</sup>. O artigo 17 da LOSUS determina, em seu inciso I que “à direção estadual do Sistema Único de Saúde - SUS compete: I - promover a descentralização, para os Municípios, dos serviços e das ações de saúde”.

Tal é a importância da constatação das características, capacidade, aptidão e adequação da gestão do sistema de cada ente que, dentre os principais critérios para alocação dos recursos do Fundo Nacional da Saúde aos entes federativos - a fins de financiamento do sistema encontram-se:

- a) as características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;
- b) desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;
- c) níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais.<sup>84</sup>

Com base nos estudos primários sobre a concepção de doença pelos habitantes de uma determinada região, e na necessidade de aproximar essa concepção da aplicação dos recursos

---

<sup>81</sup> C.F, 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;

<sup>82</sup> DALLARI; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 91.

<sup>83</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.203 de 5 de novembro de 1996**. Item 15. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203\\_05\\_11\\_1996.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html)>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>84</sup> Art. 35. da LOS 8.080/90: Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos: **I - perfil demográfico da região; II - perfil epidemiológico da população a ser coberta; III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais; VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede; VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo. (grifo nosso)**

sanitários direcionada a atender o bem – estar da população, é que se vislumbrou a descentralização, com enfoque na gestão municipal (municipalização) dos serviços de saúde; somente aquele governo que assiste de maneira direta e imediata à própria população e a região em que habita, pode direcionar a prestação dos serviços de saúde à realidade local<sup>85</sup>. Um Estado, por sua vez, abrange muitos municípios, o que dificulta que o governo estadual consiga ter uma base bastante precisa das dificuldades e necessidades de cada município, incluindo neste, tanto o espaço em que se localiza, quanto à própria população, sua concepção sobre bem-estar, vida saudável e qualidade de vida.

A fim de tornar eficaz a descentralização com foco no atendimento integral e contínuo da saúde, de modo que a todo e qualquer cidadão seja garantido o acesso às ações e serviços de saúde alguns municípios reúnem suas finanças, seus aparatos, equipamentos, recursos humanos em uma mesma política pública de gestão, o que acaba por confluir em uma regionalização composta por uma parte de um Município ou consórcio de municípios ou, ainda, na organização de mais de um município em distritos. Ainda com a finalidade de corrigir distorções de acesso à população, outra prática possível é a parceria entre Estado e município correspondente com o objetivo de implementar uma estratégia regional de atendimento<sup>86</sup>, consubstanciando o princípio da integralidade e do acesso universal e igualitário à saúde.

#### **4.7.2 Hierarquização**

A hierarquização que o SUS propõe dentro de sua estrutura não é, como pensam alguns, a instauração da hierarquia consistente em maior ou menor grau de autoridade entre entes federados no que tange à política pública de saúde. Diferentemente disso, como visualizado no tópico anterior, todos participam do Sistema, sem subordinarem-se uns aos outros, mas envolvidos em uma mesma função: garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde por meio das prestações de serviços e ações em tudo quanto afete e diga respeito à saúde do cidadão brasileiro. Dotados de autonomia, embora imbuídos de deveres a serem

---

<sup>85</sup> ASSIS, op. cit., p. 241 – 244.

<sup>86</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entendo o SUS**, op. cit.



cumpridos, compulsoriamente, dentro do Sistema, os entes federados atuam conforme suas incumbências estabelecidas pela legislação.

Portanto, a hierarquização a que a LOSUS remete é a que consta na alínea “b”, do predito inciso IX, do artigo 7º, que diz: “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**” (*grifo nosso*).

Assim, a hierarquização é corolário da diretriz de descentralização, e propugna que o modelo de atenção à saúde, adotado pelo SUS, seja baseado na organização do atendimento, pelas instituições jurídicas da área da saúde, em níveis de complexidade crescente. Isso quer dizer que o Sistema se divide em níveis, conforme o grau de especialidade, o momento de acessibilidade e o “grau de complexidade tecnológica requerida aos procedimentos realizados”<sup>87</sup>.

Ao considerar que os recursos, e até mesmo a quantidade de profissionais com elevado grau de aprofundamento e especialização em determinado segmento da saúde, são escassos, o Sistema teve de prever que o meio possível para se empregar os recursos financeiros, tecnológicos e humanos, de maneira que possibilitasse o atendimento contínuo, integral, isento de lacunas e fragmentação, de modo a cumprir com os princípios nucleares do Sistema - igualdade e universalidade de atendimento-, seria por meio da organização da atenção à saúde em níveis de complexidade distintos e crescentes. E, desta maneira, o SUS consagrou a hierarquização, ao lado da regionalização, como alicerce do funcionamento das vias diretas de ações e serviços públicos, ou seja, como diretriz cuja essência encontra-se na materialização do atendimento, na prática da prestação de serviços de saúde.

Essa distribuição em níveis de complexidade para atenção à saúde, no entanto, não se dá de forma aleatória, mas observa um padrão previamente estipulado de “atendimento, processos e expedientes”<sup>88</sup>, seguido pelos gestores, os quais são os responsáveis, em cada esfera de governo (direção única em cada esfera de governo) “pelo pleno desenvolvimento das atribuições que estiverem sob sua área de competência”<sup>89</sup>.

O Sistema funciona a partir do menor nível de complexidade, rumo ao maior, ou seja, a porta de entrada do Sistema, que atende as demandas de maior frequência, acessível ao

---

<sup>87</sup> MATTA; MOROSINI, op. cit.

<sup>88</sup> DALLARI; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 93.

<sup>89</sup> AITH, op. cit., p. 356, 357.

usuário em primeira mão, encontra-se no primeiro nível hierárquico (como centros e postos de saúde); no nível de média complexidade, existem os serviços especializados, como o exame para complementação diagnóstica, enquanto no nível de alta complexidade encontram-se os serviços altamente especializados, a exemplo da cirurgia cardiovascular e da assistência ao paciente portador de doença oncológica<sup>90</sup>. Os níveis de média e alta complexidade, em especial, constituem foco de organização regional (reunião de municípios, ou de estado ao município), muitas vezes, pela escassez de recursos e serviços que esses níveis são aptos a oferecer, e pelo fato de que o gestor municipal é o responsável por garantir a integralidade e continuidade de acesso, ainda que para isso seja premente a união com parceiros, municípios vizinhos, em regiões.

Devido a baixa oferta de serviços nos níveis de média e alta complexidade, e também pela maior burocratização de acesso, o primeiro nível faz as vezes de atendimento primário, filtrando os casos de cuja resolubilidade sejam mais simples, que podem ser resolvidos naquele nível, dos casos que exigem outros procedimentos mais específicos, e até mesmo de maior tecnologia; neste último caso, o usuário é encaminhado aos níveis de média e alta complexidade, podendo retornar, caso seja necessário, ao nível primário - após liquidadas nos demais níveis, as exigências específicas presentes no quadro de saúde do paciente -, mais genérico, abrangente, de visão integral, e introdutor do primeiro contato e do cuidado ao indivíduo naquela demanda levada, por este, ao Sistema.

#### 4.7.2.1 Níveis de Atenção à Saúde

O inciso XII do artigo 7º da LOSUS determina que o Sistema tem de ser dotado de capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência. Para tanto, cada nível deve contar com profissionais de diversas áreas, gestores, sociedade civil, atuando de forma articulada a fim de garantir um vasto leque de práticas e serviços possíveis de aplicação a quadros distintos de saúde.

Muito embora este seja um princípio assumido no rol do artigo 7º da LOSUS, o CONASS (Conselho Nacional de Secretários da Saúde) publicou em sua cartilha (Assistência

---

<sup>90</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Entendo o SUS**, op. cit.

de Média e Alta Complexidade no SUS)<sup>91</sup> que uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo SUS, na concretização de suas diretrizes e princípios, encontra-se a insuficiência das redes de atenção à saúde na prestação de serviços a todos os usuários que dela necessitam, infringindo, sobremaneira, o princípio da universalidade e igualdade do SUS. A prestação de ações e serviços públicos de saúde por entidades privadas sob legislação do SUS, em convênio/contrato com o ente Estatal surge como uma alternativa capaz de suprir lacunas no Sistema e concretizar, finalmente, os princípios basilares do SUS.

Pois bem, cada nível de atenção deve angariar recursos financeiros, humanos e tecnológicos concernente à sua função no modelo atual de atenção à saúde; cada qual deve ter capacidade de resolução no cuidado à saúde, de modo que o todo integrado por esses três níveis do Sistema deve ser apto a solucionar os quadros que afetam a saúde da população, dentro das capacidades e tecnologias já desenvolvidas pela ciência e pelos profissionais da saúde. O Sistema, pensado racionalmente e estruturado de maneira planejada tem, portanto, os níveis de atendimento divididos em primário (básico), secundário e terciário, como segue:

- Primário (1º) ou Básico: O nível primário é a porta de entrada ao sistema, sendo o primeiro receptor dos usuários, tratando o que está ao seu alcance conforme sua capacidade, pela reunião de profissionais e aparatos elencados para a atenção à saúde de maneira genérica e abrangente, portando tecnologia de menor densidade quando comparada aos outros níveis, e atuando por meio de procedimentos mais baratos e menos complexos<sup>92</sup>. O foco da atenção dirigida no primeiro nível é direcionado para ações de promoção da saúde e prevenção de doenças ou de agravos de doenças. A partir desse nível pode-se encaminhar o usuário a outros níveis de complexidade, conforme exigências específicas consideradas a partir do quadro clínico do usuário. Exemplos de instituição de nível primário no município ou região: centros e postos de saúde, Unidades Básicas de Saúde (UBS), equipes do Programa Saúde da Família. Além do vínculo com outros serviços de saúde, os serviços do nível primário podem lançar mão de visitas domiciliares, reuniões com a comunidade e ações intersetoriais, sendo corresponsável pela continuidade do tratamento e da atenção à saúde mesmo após o encaminhamento aos demais níveis de atenção;

---

<sup>91</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS**. Brasília: CONASS, 2007. Disponível em:<[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colecoleg\\_progestores\\_livro9.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colecoleg_progestores_livro9.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2012, p. 39.

<sup>92</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, op. cit., p. 15-17.

- Secundário (2º): No nível secundário de atenção à saúde tem-se um nível médio de complexidade do Sistema, de modo que oferece um maior aparato tecnológico do que o primeiro nível, com serviços e procedimentos mais especializados que devem estar em comunicação constante com os serviços, laudos e procedimentos operados em nível primário para que possa levar a cabo o princípio da integralidade, e continuidade do atendimento. Ademais, como já se sabe, o usuário consegue acessar os serviços prestados no âmbito deste nível, quando por encaminhamento do nível primário, por determinação de profissional da saúde, ou quando o usuário é atendido em serviços de emergência (ex.: pronto – socorro). Como exemplo das instituições que atuam neste nível, têm-se os ambulatórios especializados onde são realizadas cirurgias ambulatoriais especializadas, procedimentos traumatológico-ortopédico, ações especializadas em odontologia, patologia clínica, dentre outros;<sup>93</sup>

- Terciário (3º): o nível terciário de complexidade do Sistema é o mais especializado dentre os três, concentrando uma elevada densidade tecnológica, cuja acessibilidade é menor quando comparada a do nível primário de complexidade. Devido à menor frequência de casos atendidos no âmbito deste nível, à escassez de tecnologia de alta densidade, de mão de obra altamente especializada e de unidades de atendimento, bem como pelo alto custo dos serviços empreendidos, é que o nível terciário exige que o usuário já tenha sido referenciado, ao menos, pelo atendimento em nível primário. As ações e serviços fornecidos compreendem, em grande parte, a recuperação da saúde, por meio da reabilitação. Os hospitais especializados são as instituições jurídicas de saúde responsáveis pelo atendimento de nível terciário, levado a cabo por meio do encaminhamento (sistema de referência e contra-referência) realizado nos níveis de menor complexidade, ou então por meio do atendimento em serviços de urgência e emergência. Exemplos dos serviços prestados nesse nível são a terapia renal substitutiva, tomografia computadorizada, transplante dentre outros.

O Sistema Único de Saúde (SUS), por ser um sistema racionalizado e planejado desde sua concepção constitucional e legal, fora estruturado para atender a todos os cidadãos, tanto na esfera preventiva – seja por atenção médica nas unidades de saúde, quanto na esfera local, atuando nas condicionantes da saúde presentes no ambiente natural, urbano, trabalhista

---

<sup>93</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, op. cit, p. 17.

– quanto na esfera curativa, com atuação visando à coletividade e o indivíduo, de maneira articulada. Assim, a fim de conferir efetividade ao modelo de atenção à saúde adotado, o Sistema adotou o modelo de referência e contra-referência entre os diversos níveis de complexidade, detalhado no tópico supracitado, e capaz de concretizar os princípios estipulados no artigo 7º da LOSUS, nos seus incisos, XII e XII, que prescrevem: “XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos”.

Como já explicitado anteriormente, o Sistema de ser capaz de atender o usuário em todas as suas demandas de saúde, quando obtiver conhecimento técnico e científico à disposição – não se pode exigir do Sistema algo que não tenha sido descoberto, ainda, pela ciência em todos os ramos concernentes à saúde e à pesquisa nessa área. No entanto, tudo quanto já tenha sido revelado pela ciência e transposto no plano material por meio de tecnologia adequada e de profissionais qualificados, deve ser disponibilizado ao usuário do Sistema. O inciso XII trata, justamente, da obrigação de todos os órgãos e instituições da saúde em atender e conduzir, conforme sua capacidade, o usuário no que tange às suas necessidades de tratamentos, exames, diagnósticos e cuidados da saúde em geral. Para tanto é que foram estipulados os níveis de assistência, sendo que a cada um é atribuído determinadas funções, e a todos, como unidade, a resolução dos serviços.

O inciso XIII, por sua vez, cuida da otimização dos recursos e serviços quando rege que incumbe ao Sistema evitar a duplicidade de meios para fins idênticos. Ou seja, o Sistema tem de ser organizado de maneira tal que, para uma exata finalidade deve ser destinado o serviço correspondente, desde que efetivo, sem se valer de mais de um serviço para atendê-la quando é possível a resolução do problema ou da assistência por um só meio. Assim, a divisão em níveis de assistência, juntamente com o sistema de referenciamento cumpre esse papel, bem como o de conferir integralidade de atendimento.

O sistema em pauta rege-se pela estratégia de encaminhar o usuário a determinado tipo de serviço, cada qual empenhado em determinado nível de assistência, conforme a enfermidade auferida e a correspondente assistência, que esta demanda.

Para tanto, o usuário que adentra o Sistema por meio do nível primário, ou por atendimento de urgência/emergência, pode ser encaminhado aos demais níveis, conforme se demonstre essa necessidade, por responsabilidade do profissional que atende, em primeira mão, este usuário, seja qual for a porta de entrada. O usuário que fora encaminhado ao nível secundário, por exemplo, e que necessite de assistência mais especializada, deverá ser

encaminhado, por este último, ao terceiro nível. Todos esses são exemplos de referência ou encaminhamento. No entanto, é possível que ocorra o caminho inverso, ou seja, o usuário que fora atendido nos níveis secundário e terciário, quando tenha resolvido suas demandas que o levaram até esses níveis de maior complexidade, e seu caso teve sua complexidade reduzida, pode ser encaminhado, de volta, “à unidade de origem, que o referiu”<sup>94</sup>. Tal sistema visa à **longitudinalidade** da atenção, ou seja, ao cuidado contínuo, o qual submete o Sistema a garantir um vínculo com o serviço prestado ao longo do tempo, enquanto persiste sua necessidade de ser atendido.

Isso pode acontecer, também, quando em um determinado município não exista, ainda, todos os serviços necessários ao atendimento à população, de modo que o gestor será responsável por encaminhar o usuário a outro município ou região que detenha capacidade para tanto.

#### 4.7.2.2 Atenção Básica à Saúde (ABS)

A ideia de Atenção Básica à Saúde (ABS), como estratégia política de governo no âmbito da saúde, surgiu no contexto da Reforma Sanitária da década de 70, o qual visava à atenção humanitária no cuidado à saúde, despidendo-se da lógica empreendida no modelo da clínica médica privatista e curativa, e buscando incorporar a dimensão social e coletiva nos desígnios da política pública. Para tanto, a concepção da ABS foi pautada na Atenção Primária à Saúde (APS), estabelecida na Declaração de Alma-Ata pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 1978). A APS surgiu com o intuito de edificar o sistema público de saúde a partir dos principais problemas enfrentados pela população de cada nação, nesse quesito, de forma a enfrentar os fatores deletérios locais e atribuir a responsabilidade por eles aos demais setores da vida pública, social e econômica, em auxílio à governança sanitária.

Segundo Maria Marluce Araújo Assis, a APS é responsável por responder às demandas sanitárias e clínicas, divididas em: saneamento do meio, desenvolvimento nutricional, vacinação e informação quanto à saúde (sanitárias); “questões de vigilância epidemiológica, como promoção à saúde, prevenção e tratamento de doenças de relevância

---

<sup>94</sup> ASSIS, op. cit., p. 240-245

epidemiológica) e as tipicamente clínicas (promoção à saúde, prevenção, tratamento e recuperação de quadro muito frequentes, com apoio de técnicas diagnósticas e terapêuticas).<sup>95</sup>

Assim como a APS - de nível global - a Atenção Básica à Saúde (ABS) - de nível nacional, empreendida no Brasil, configura a porta de entrada ao Sistema, ou seja, o nível primário, de menor densidade tecnológica, procedimentos mais simples e mais baratos, mas que atendem ao número mais elevado de usuários, em comparação com os outros níveis, e introduz o cidadão no Sistema, garantindo-lhe o cuidado integral, em diversas escalas.

Suas âncoras encontram-se na atenção local, partindo da descentralização, como método de atender com mais efetividade a população e o ambiente local, assistidos pelo conhecimento e levantamento de suas reais e mais prementes necessidades (seja do ponto de vista preventivo, quanto do ponto de vista curativo, e até mesmo no enfoque dado à promoção da saúde, preconizado por meio de estudos e dados concretos,); na integralidade do sistema, ao empenhar simultaneamente as ações curativas e preventivas; na interdisciplinaridade, já que o Sistema não reúne apenas serviços e profissionais do setor de saúde, mas, junto a estes, somam-se esforços de outros ramos profissionais que de forma direta ou indireta contribuem para as ações e serviços em prol da saúde da população); na participação social, que realiza a democracia e condiciona as ações e serviços públicos de saúde à opinião pública, conforme a experiência obtida no Sistema pelos próprios usuários, sublimando a democracia incipiente da década de 80, que resultou na Constituição democrática de 1988.

Destarte, a ABS é consignada como o espaço operacional dos profissionais da saúde que podem conhecer, em profundidade e imediatamente, a realidade local em que atuam, direcionando esforços e promovendo respostas efetivas às demandas coletivas e individuais, inclusive servindo como “modelo de intervenção operacionalizado na Estratégia Saúde da Família (ESF)”<sup>96</sup>

### **4.7.3 Regionalização**

O princípio da regionalização surge como corolário da descentralização e encontra respaldo no inciso “b” do artigo 7º, inciso IX, que diz: XII - descentralização político-

---

<sup>95</sup> ASSIS, op. cit., p. 241-245.

<sup>96</sup> ASSIS, op. cit., p. 243.

administrativa, com direção única em cada esfera de governo: [...]; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.

A regionalização consiste na formação de circunscrições territoriais, envolvendo consórcio entre municípios ou entre Estado e município, para a complementação da assistência em alguma área determinada cujo serviço seja inócuo ou ausente em um único município pela escassez de recursos, tecnologia, mão – de – obra, fármacos etc.

Assim, a regionalização é uma espécie de organização da rede de saúde essencial para cumprir todos os princípios do sistema e, de forma mais imediata, aos princípios da descentralização e integralidade da atenção, por meio da criação de áreas de referência, mormente na atenção secundária e terciária. Por estas unidades de atenção à saúde fornecerem serviços altamente especializados, de alto custo e tecnologia de alta densidade, são mais escassas no país, portanto, encontram-se em números reduzidos distribuídos por alguns municípios – consoante a escassez da especialidade e do serviço desejado – o que induz o surgimento de uma área de referência na localidade, para onde são encaminhados usuários dos demais municípios que necessitem daquele serviço.

Destarte, a diretriz da regionalização não se encontra dissociada de conceitos – base do SUS, como a articulação entre os diversos níveis de complexidade, representada pela integralidade, a partir da descentralização da gestão do Sistema, a qual vem a ser amparada na ênfase local de ações e serviços de saúde, bem como na cooperação financeira e técnica entre entes federados, a fim de garantir fluxo intenso, isento de nós, dos usuários da Saúde por entre os meandros do Sistema. Assim, a este são fornecidos os elementos primordiais que o alicerçam na incumbência de garantir a eficiência essencial para permitir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde prestados pelo Estado e/ou por entidade privada sob regime de saúde complementar, sobretudo a resolutividade na atenção à saúde.

#### **4.7.4 Integralidade**

A diretriz da integralidade do SUS encontra-se tanto no dispositivo do inciso II, do artigo 198 da CF, quanto no artigo 7º, II, da LOSUS, a saber:



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: II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

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 artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: II - integralidade de assistência, entendida como um 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.

Essa diretriz pode ter seu significado desdobrado em dois: um que remete à integralidade do Sistema, como conexão e articulação dos níveis de atenção e serviços e, outro, que remete à atenção à saúde do usuário considerado na sua integralidade, sob a análise deste pela sua interação com o meio, seu corpo físico, espiritual, sua mente, e suas crenças. Vejamos.

Como atenção integral à saúde, a integralidade manifesta-se, em linhas gerais, pela articulação dos diversos níveis de complexidade do Sistema de modo que nenhum deles seja isento da obrigação de atender, necessariamente, a quem o adentre, procedendo de modo a oferecer e aplicar **todos** os cuidados de saúde em adequação ao quadro clínico do indivíduo, conforme as descobertas já existentes no âmbito científico que possibilitam aquele atendimento. Assim, em nenhuma hipótese poderá o profissional da saúde recusar-se a atender o indivíduo ou a coletividade - na medida em que este serviço exista e seja viável - quando estes buscam o serviço de saúde público, uma vez que a saúde é “direito do cidadão e dever do Estado” e escora-se na premissa da igualdade e da universalidade do acesso.

Já fora explicitado, no decorrer deste trabalho, que o trato à saúde refere-se às suas diferentes dimensões, desde a individual até a coletiva, inclusive pontuando-a como bem de desenvolvimento; a par disso, a diretriz da integralidade enfatiza a associação dos serviços e ações de índole curativa e preventiva, de maneira a antepor-se sobre o domínio das concepções dualistas incorporadas no modelo biomédico (curativista), por um lado, e no modelo campanhista (preventivista), por outro, até então persistentes.

Logo, pretende-se, com a integralidade, extirpar a dualidade das concepções, unindo-as em um mesmo sistema, de modo a ressaltar a importância da atuação conjunta de ambos. Somente pela aliança de ambos os modelos torna-se possível a atenção efetiva à saúde, pois, no tratamento de doenças infectocontagiosas, por exemplo, não há como se falar em

prevenção à doença, sem que se busque a recuperação pelo processo curativo de pessoas contaminadas, que configuram potenciais transmissores da referida doença. Esse exemplo expõe a necessidade da dupla abordagem preventiva – curativa, sob o olhar individual e coletivo; o isolamento desses conceitos resulta em atenção exígua à saúde, encarnando atendimento com base em procedimentos ineficientes e parcos.

Dessa maneira, a intervenção do profissional de saúde pode se dar:

a) no âmbito da prevenção, por meio de procedimentos gerais tais como a preocupação em cobrar das autoridades responsáveis o saneamento adequado, a aplicação de vacinas, medidas preventivas individuais, conforme a tendência hereditária à determinada doença, por exemplo, dentre outras;

b) na formação do diagnóstico e execução do tratamento com o intuito de evitar agravos durante a doença, bem como no sentido de combatê-la;

c) na reabilitação do indivíduo e sua reinserção no seio da sociedade com o fito de realinhá-lo às demandas cotidianas da vida em coletividade.

Além disso, um dos grandes diferenciais do novo Sistema, como fruto da Reforma Sanitária da década de 70 que culminou na Constituição de 1988, consiste no atendimento contínuo ao usuário, incorporando-o ao Sistema, garantindo sua assistência independentemente da passagem do tempo e, também, o atendimento **amplo** às suas necessidades, envolvendo níveis de complexidade diferentes de atenção à saúde, articulados e, portanto, capazes de organizar o atendimento da população de maneira bastante abrangente e efetiva.

Segundo Starfiel (2004, apud, Marluce, 2010, p. 251)<sup>97</sup>, a operacionalização do Sistema de maneira a implementar a integralidade reside, em muito, na possibilidade de transmissão das informações sobre os usuários, entre as diversas unidades de atendimento - que se comunicam por encaminhamento -, a fim de tornar disponíveis as descrições, diagnósticos e tratamentos prévios dos usuários atendidos pelo Sistema a outros profissionais da rede, para cooperar na resolubilidade do caso específico. Essa técnica encarrega todos os profissionais da saúde da responsabilidade de prover condições que forneçam suprimentos ao atendimento posterior, pleno e consciente, de forma a inteirar o histórico do paciente, impedindo-o de enodoar-se de lacunas, as quais interrompem a continuidade da atenção à saúde, ferindo diversas garantias à saúde, sobretudo, a integralidade da atenção em comento.

---

<sup>97</sup> ASSIS, op. cit., p. 241-245.

A diretriz da integralidade também pode ser analisada sob o ponto de vista da pessoa, em sua totalidade, considerada no plano físico, espiritual, mental, profissional, relacional, dentre outras abordagens.

Nesse sentido, passou-se a adotar o termo “Clínica Ampliada” como sinônimo da atenção à saúde que proporciona uma visão holística da pessoa e do seu processo saúde – doença, rejeitando quaisquer abordagens fragmentárias, voltadas somente à enfermidade como fator isolado de todas as condicionantes da saúde e do estilo de vida da pessoa a quem se trata. A clínica ampliada surge como contraponto à antiga concepção médico – privatista – curativista, e busca encontrar no contexto do indivíduo e da sociedade as soluções para prevenção de doenças, promoção e recuperação da saúde.

Essa humanização do atendimento público de saúde possibilitou que o profissional vislumbrasse o quadro clínico do paciente segundo, também, os comportamentos sociais que muitas vezes espelham o usuário na sua saúde, como vícios em substâncias tóxicas tais quais tabaco, álcool, drogas e até mesmo sob a influência do conspícuo *stress* que envolve grande parte da sociedade contemporânea atuando em desfavor do equilíbrio biológico da população.

O *standard* de atendimento, após a Lei do SUS, veio a enaltecer o vínculo e a responsabilização entre profissionais e usuários da saúde, porquanto a ampliação terapêutica passou a agregar valores e experiências do profissional da saúde e do usuário, em uma dinâmica de interação intensa no cuidado da saúde, com enfoque na singularidade e na visão de mundo de cada usuário em busca da terapia adequada.

Merhy<sup>98</sup> defende que no cuidado à saúde pela via pública, são utilizadas três tipos de tecnologias a fim de garantir a efetividade do Sistema e, também, de que a intervenção sobre o processo saúde- doença alcance resultados positivos: a tecnologia dura, a levedura e a leve. A tecnologia dura abrange todo o maquinário essencial à prestação de serviços de saúde, tais como máquinas de raio-x, de endoscopia, de ressonância magnética, dentre outras; a levedura, por sua vez, consiste nos saberes científicos apreendidos mentalmente pelos diversos profissionais que atuam no ramo da saúde – sendo esta uma tecnologia leve, neste sentido, mas dura, quando se concebe que estes saberes já se encontram bem estruturados, e protocolizados, ou seja, solidificados. Por fim, a tecnologia leve é encontrada na interação

---

<sup>98</sup> MERHY, Emerson Elias. O ato de governar as tensões constitutivas do agir em saúde como desafio permanente de algumas estratégias gerenciais. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81231999000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81231999000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 13 nov. 2012.

dinâmica entre usuário e profissional do Sistema, já que entre eles são trocadas, no próprio ato e muitas vezes de maneira imperceptível, experiências de vida, valores, e uma gama de fatores bastante subjetivos que adquirem fluidez ao ganhar terreno na esfera do “outro”, com quem se interage.

Portanto, não se pode olvidar de que o cuidado aplicado e recebido impescinde da alteridade própria desse processo que é chamado por Merhy **de trabalho vivo em ato**, quando dotado de responsabilização perante o próximo, e da criação de um vínculo. Nas palavras de Mehry:

Qualquer abordagem assistencial de um trabalhador de saúde junto a um usuário-paciente, produz-se através de um trabalho vivo em ato, em um processo de relações, isto é, há um encontro entre duas “pessoas”, que atuam uma sobre a outra e no qual opera um jogo de expectativas e produções, criando-se inter- subjetivamente alguns momentos interessantes, como os seguintes: momentos de falas, escutas e interpretações, no qual há a produção de uma acolhida ou não das intenções que estas pessoas colocam neste encontro; momentos de cumplicidades, nos quais há a produção de uma responsabilização em torno do problema que vai ser enfrentado; momentos de confiabilidade e esperança, nos quais se produzem relações de vínculo e aceitação<sup>99</sup>.

Ademais, a integralidade manifesta - se, de maneira salutar, pela conjunção de procedimentos e diagnósticos realizados por uma equipe multiprofissional, a qual agrega trabalhadores de áreas de saberes distintas, porém, interligadas, que confluem em resolução dos casos com tendência à máxima efetividade, fazendo valer o princípio da interdisciplinaridade.

Adentrando a seara da diversidade de atendimentos e terapias passíveis de serem orquestrados no Sistema, vale ressaltar a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC), lançada pelo Ministério da Saúde (MS) em 2006, com vistas a instituir, no SUS, práticas que possibilitam a integralidade da atenção à saúde, aliada ao cuidado embasado na integralidade do usuário. Assim, a PNPIC buscou acrescentar a medicina alternativa e complementar à medicina convencional, de maneira a materializar os diversos princípios e diretrizes, estabelecidos pela CF e pela LOSUS, sobretudo a integralidade. Segundo o MS, a Política abrange terapias de acupuntura (de origem na

---

<sup>99</sup> MERHY, op. cit., p. 307.

medicina tradicional chinesa), homeopatia, fitoterapia (tratamento com plantas medicinais), crenoterapia (termalismo social) e medicina antroposófica. Todas essas fogem aos métodos e terapias da medicina convencional e tem origem em saberes de antigos ou de povos de culturas distintas da Ocidental.

Algumas dessas terapias já eram exercidas na clínica médica – privada – e foram perscrutadas pelo Ministério da Saúde, a fim de que pudessem vir a compor o quadro de serviços e ações oferecidos pelo SUS, sempre visando à atenção e ao cuidado ampliado. Sob a constatação de que tais práticas já existiam no âmbito da rede pública de alguns municípios e estados – sobretudo no âmbito da Atenção Básica e na Estratégia Saúde da Família - o MS encontrou – se imbuído da tarefa de alinhar e organizar essas práticas nas redes públicas de saúde quando sublinhou algumas falhas na distribuição desses serviços, que se apresentavam desigualmente à população (em dissonância aos princípios – alicerce do SUS, quais sejam, o da universalidade e o da igualdade), assim como não dispunham de oferta e logística de medicamentos próprios da terapia alternativa, conforme se exige no Sistema público de saúde brasileiro.

Dessa maneira, com aprovação do Conselho Nacional de Saúde, o MS oficializou a integração das terapias da medicina alternativa e complementar ao SUS, fazendo incidir sobre elas todos os princípios, diretrizes, enfim, toda regulação do SUS existente. Tal adequação já se encontra na essência de tais práticas médicas alternativas na medida em que visualizam ampliadamente o processo saúde – doença e buscam promover o cuidado humano de maneira global, a promoção da saúde, a estimular a autonomia individual, por meio dos recursos utilizados que “envolvem abordagens que buscam estimular os mecanismos naturais de prevenção de agravos e recuperação da saúde por meio de tecnologias eficazes e seguras, com ênfase na escuta acolhedora, no desenvolvimento do vínculo terapêutico e na integração do ser humano com o meio ambiente e a sociedade”<sup>100</sup>.

#### 4.7.5 Participação da comunidade

---

<sup>100</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares:** Atitude de ampliação de acesso. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 10.

A diretriz de participação da comunidade encontra-se no inciso VIII do artigo 7º da LOSUS:

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 artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] VIII - participação da comunidade;

Ela busca concretizar a democracia, regime de governo instaurado no Brasil, no plano da saúde por meio da participação popular na formulação, gestão, execução e controle dos serviços públicos de saúde. Os mecanismos de participação popular residem nas instâncias deliberativas, Conferências e Conselhos de Saúde - já detalhados anteriormente neste trabalho- além de outros, como plebiscitos, referendos, audiências e consultas públicas. Afinal, uma vez que os serviços e ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde são destinados à população, é coerente e justo que esta corrobore para a definição das linhas norteadoras a se seguir, bem como para o controle da política pública de saúde que está sendo empregada para atendê-la. Além de sublimar o regime democrático, a participação popular é o melhor termômetro a se medir o desempenho e a efetividade do Sistema.

#### 4.8 ÓRGÃOS DE ARTICULAÇÃO ENTRE OS GESTORES: CIB E CIT

A fim de que a cooperação entre os entes federados, bem como a integralidade do Sistema, possam ser colocadas em prática de modo funcional, foram criadas instâncias de articulação: Comissão Intergestora Tripartite (CIT) e Comissão Intergestora Bipartite (CIB). Nestas, ocorre a integração entre os entes federados por meio de negociações e atribuições de responsabilidades a cada um, bem como deliberações acerca da implementação, operacionalização dos serviços públicos de saúde. São também discutidos e acordados tetos financeiros conforme as possibilidades e orçamentos anuais, de modo que tudo quanto for pactuado nessas instâncias seja formalizado em documento próprio.

Ambas as instâncias contém composição paritária, sendo que na CIT, são integrantes: representante do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de

Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); na CIB, por sua vez, participam: representantes da Secretaria Estadual de Saúde (SES) e do Conselho de Secretários Municipais de Saúde do Estado ou órgão equivalente.<sup>101</sup>

#### 4.9 A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS PÚBLICOS NA SEARA DO SUS E A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO ÂMBITO DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE SAÚDE.

A reforma sanitária da década de 70, que culminou em um tratamento diferenciado da saúde na Constituição Federal de 1988, passou a prever a possibilidade da ação concomitante do Estado, como prestador de serviço público incumbido de atender e concretizar direito fundamental do cidadão – direito à saúde, com a atuação da iniciativa privada sob o regime jurídico privado. Essa previsão buscou realizar ambos os fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber, a dignidade da pessoa humana, sob o espectro social, e a livre iniciativa, sob o espectro liberal, consoante o art. 1º da C.F de 1988 que trata dos fundamentos da República:

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: (...) III - **a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**; [grifo nosso]

Sob o aspecto social, o novo sistema de saúde pública determinado pela Constituição Federal fora estruturado com base no caráter universalista de cobertura de assistência à saúde – em detrimento do sistema contributivo empregado previamente à reforma sanitária - ou seja, de modo que o acesso às ações e serviços de saúde deva ser garantido a todos, estando as ações e serviços de saúde à disposição de todo e qualquer cidadão brasileiro que a ele recorra. No entanto, a escassez de recursos – provenientes do orçamento fiscal e previdenciário - na prática, impõe relevante limitação ao princípio basilar da saúde pública, a universalidade, no

---

<sup>101</sup> AITH, op. cit., p. 367-368.

que tange à prestação estatal de ações e serviços de saúde. Nesse sentido, diversos debates se firmam em torno do binômio da necessidade da previsão orçamentária para a destinação de recursos a programas e serviços sociais, e do atendimento imediato a direito fundamental incontroverso (o direito à vida intrinsecamente relacionado ao direito à saúde, conforme exposto anteriormente).

Esse debate ancora-se no princípio da reserva do possível, o qual regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que concerne à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, condicionada à existência de recursos públicos disponíveis<sup>102</sup>. Assim, a despeito da necessária previsão orçamentária para dispêndio dos recursos públicos, defende-se que tal disposição é direcionada ao administrador público, cabendo ao judiciário, quando a este órgão se apresenta a controvérsia por meio do ajuizamento da ação pelo interessado, realizar a ponderação de valores entre os direitos que se posicionam em hierarquia equivalente, levando-se em consideração o valor axiológico preponderante do direito fundamental em pauta, qual seja, o direito indeclinável à vida e a saúde humana, a exemplo do posicionamento do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.<sup>103</sup>

No entanto, resta configurada, em decisões desse jaez, controvérsia também no que diz respeito à intervenção de um poder estatal no âmbito de atuação do outro, haja vista que o plano orçamentário incumbe ao Executivo - sem embargos do mecanismo de freios e contrapesos recíproco entre os poderes - bem como sua efetivação, como rege a Constituição:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

---

<sup>102</sup> SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. ANO. 65 f. Monografia (Especialização em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, ANO.

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Pet. nº 1246**. Relator: Ministro Celso de Mello. Santa Catarina, 31 jan. de 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.



E,

Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

Destarte, a concessão de uma medida que vise a atender o direito à saúde de determinado demandante incide no ponto nevrálgico em que se insere a universalização da saúde e a determinação constitucional de adequação estrita ao orçamento estatal, competência do Poder Executivo, motivo pelo qual já se mencionara em julgados o caráter não absoluto do direito à saúde<sup>104</sup>.

Diante desse quadro, algumas perspectivas no que tange à atenção à saúde exsurtem da previsão constitucional da atuação privada na seara da saúde. Isso porque, muito embora a saúde pública tenha de ser obrigatoriamente estruturada para ampla cobertura, de forma universalizada, apta a atender o universo de pessoas que se encontrem em território nacional e, neste, procure por atendimento, a inserção de um mecanismo privado de atuação configurou, mecanicamente, uma “universalização excludente”<sup>105</sup>, que se caracteriza pela transferência natural da população de segmentos sociais de maior poder aquisitivo do sistema público de saúde, para o sistema privado, haja vista que a suposta universalização do sistema de saúde acarretou uma precarização dos serviços e ações fornecidos pelo Estado, por não conseguir abarcar com seus recursos provenientes dos orçamentos fiscal e previdenciário, de maneira adequada nos aspectos quantitativos e qualitativos de atendimento, o contingente populacional, dito universal, de modo a estampar infraestrutura, recursos humanos e materiais regressos e deficitários. Em outras palavras, a demanda elevada ao expoente universal – no território brasileiro – prejudicou a qualidade na implementação das ações e serviços de saúde pública, fator que abriu portas à migração de um contingente financeiramente mais abonado para a esfera privada de atenção à saúde, permitida e amparada constitucionalmente, a qual se

---

<sup>104</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 2º Grupo de Cam. Cíveis. Constitucional e Administrativo. Direito à Saúde. Tratamento de leucemia. Medicamento não previsto em lista oficial. Dever de fornecimento pelo Estado. Direito Não absoluto. Necessidade de demonstração da carência do paciente. **Súmula 18 do TJPE**. Acórdão em Agravo Regimental n. 196411 PE 01964116. Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto. DJ, 09 dez. 2009. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15548163/agravo-regimental-agr-196411-pe-01964116>>. Acesso em 22 abr. 2013.

<sup>105</sup> FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A universalização excludente**: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. Planejamento e Políticas públicas, Brasília, n. 3, p. 140, junho 1990.

supõe prover serviços qualitativamente mais elevados e adequados diante da contraprestação direta e imediata do indivíduo, nesse caso – tratando-se das instituições privadas – consumidor.

Face ao caráter de relevância pública dos serviços de saúde, por se cuidar da realização de um direito social fundamental, existe entre a atuação pública e privada uma íntima ligação - regida pelo escopo primordial da função social de que é dotada a prestação de serviços de saúde - motivo pelo qual o Estado atua como fiscalizador, regulador e controlador dos prestadores de serviço sanitário no mercado de consumo (saúde suplementar). Assim é que se edifica a combinação do subsistema público de atenção à saúde, priorizando o mínimo decente<sup>106</sup> diante do seu caráter distributivo<sup>107</sup>, com o subsistema privado, contributivo, que possibilita a margem de autonomia individual na seleção do seu prestador de serviço sanitário, sem embargos do estabelecimento de uma eficácia horizontal do direito à saúde, dentro desse subsistema, pelo que este deve conformar-se, ainda que de modo menos cogente por travar relação contratual e remuneratória, a princípios presentes na Lei Orgânica do SUS – LOSUS - como a equidade e integralidade, configurando, assim, o atendimento à política regulatória estatal empenhada conforme a natureza do bem assegurado – a saúde<sup>108</sup>.

Ainda no âmbito da saúde suplementar, regida exclusivamente pelo regime jurídico privado, sujeita à regulação estatal, e sua inter-relação com o sistema público de saúde, vislumbra-se no interesse econômico dos seguros privados a cobertura de procedimentos e riscos que se apresentem economicamente rentáveis, de modo que serviços outros, não rentáveis, são relegados exclusivamente ao setor público, sendo que neste, tais serviços – algumas ações pertinentes a níveis de atenção básica preventiva, tal como a imunização, ou algumas ações próprias do terceiro nível de complexidade do sistema, que demandam alta tecnologia - são disponibilizados ao utente e, sendo este segurado de entidade privada, integrante da saúde suplementar, cabe ao Poder Público vir a exigir a contrapartida da despesa

---

<sup>106</sup> Conceito elaborado por Tom L. Beauchamp e James F. Childress para referir o ponto de vista moderado de atenção à saúde que requer acesso universal e equitativo apenas aos cuidados fundamentais de saúde e aos recursos a eles relacionados (GLOBEKNER, op. cit).

<sup>107</sup> Em que pese o caráter progressivo do sistema tributário, o qual determina uma proporção direta entre a renda e a contribuição ao Estado, o caráter distributivo da saúde pública encontra respaldo na universalização das ações e serviços de saúde, em medida igualitária, independentemente do valor despendido pelo usuário no momento da arrecadação dos tributos, conforme a renda percebida por cada cidadão. Firma-se, desse modo, um sistema de redistribuição de rendas na seara da saúde pública.

<sup>108</sup> Como exemplo da constrição da empresa privada na área da saúde pela política regulatória estatal, tem-se a vedação da segmentação aleatória e das exclusões abusivas de cobertura pelos planos de saúde.

efetuada com o usuário, em ação/ serviço prestado no âmbito da saúde pública, do próprio seguro/convênio particular componente da saúde suplementar, situação, tal, que revela a relação próxima e imbricada entre Estado e particular, ainda que quando atuantes em “espaços” jurídicos distintos (regime de direito público e regime de direito privado) confluindo em uma relação compensatória de gastos com a saúde, provendo o Poder Público de situação especial de contenção orçamentária, em detrimento da iniciativa privada, atuante em regime próprio.

Embora a situação amiúde explicitada, entre setor público e privado (no seio da saúde suplementar), seja uma alternativa, concreta e já em andamento, à judicialização da saúde, outra forma de relação entre Poder Público e particular se expressa de maneira diretamente destinada ao fim colimado, de abrandar a problemática escassez de recursos em prol do atendimento ampliado e de qualidade adequada da população na saúde pública, relação essa expressa no que se denomina Saúde Complementar. Por meio desta, abre-se a possibilidade para que o particular complemente a cobertura de determinados serviços de saúde quando efetivamente se constate limitação dessa cobertura no sistema público.

Destarte, a Saúde Complementar opera um prévio acordo entre Poder Público e setor privado para que este, atuando em colaboração com aquele, sob regime de direito público, seja capaz de concretizar, realizar o direito à saúde, em respeito aos princípios do SUS, sobretudo ao da Universalidade e Igualdade, resguardando do Judiciário a obrigação de ter de decidir em sede de direito fundamental, a serviço de uma amostra restrita de pessoas que a ele recorre, em detrimento daqueles que se abstiveram, seja por falta de conhecimento, seja por inércia, de buscar em outra via do Poder Público a satisfação de seu direito à saúde.

Àqueles que criticam que a concessão de determinada prestação de ação/serviço/insumos de saúde ao particular, que ocorre de forma individual - ou, ainda que coletiva, restrita a um grupo de pessoas<sup>109</sup> -, por meio do Poder Judiciário, acabe por retirar - por meio da ratificação do pedido ajuizado e determinação do seu cumprimento pelo órgão julgador - a possibilidade de um universo de pessoas, as quais não recorreram ao juízo, mas que necessitam gozar do atendimento e prestação de serviços de saúde pública, de terem tal prestação efetivada, da mesma forma que aquela parte que moveu o Judiciário na resolução da lide que levou ao seu conhecimento, a Saúde Complementar aparece como alternativa

---

<sup>109</sup> Como se considerasse o direito à saúde um direito absoluto, em contraposição aos limites impostos pela escassez de recursos orçamentários.

Constitucionalmente prevista para, senão resolver, ao menos, reduzir as ineficiências de gestão, burocracia, gerência, alocação de recursos, presentes na máquina estatal inflada, a partir da suposição de que o agente privado poderia realizar ações e serviços de saúde, quando precários no Poder Público, de maneira eficiente e com menor dispêndio de recursos.

## CAPÍTULO 5 – SAÚDE COMPLEMENTAR: PARCERIAS COM PARTICULARES

Uma vez explicitado o âmbito jurídico em que se situam os serviços de saúde e a estrutura e funcionamento da atuação pública na saúde, mediante o SUS, passamos a delimitar o tema à Saúde Complementar, foco de investigação no presente trabalho, sendo esta representada pela atuação da iniciativa privada em ações e serviços de saúde na seara da saúde pública, conforme acordo entre Poder Público e entidade privada, para a realização do direito à saúde, cuja relação jurídica é regida sob a normatividade do regime de direito público.

Faz-se premente, primeiramente, investigar as fontes legislativas que determinam a forma como se dará a relação jurídica que abriga, de uma parte, a Administração Pública, cujo dever de atuar, por meio de políticas sociais e econômicas, na execução de ações e serviços de saúde para a promoção, proteção e recuperação da saúde decorre de mandamento Constitucional<sup>110</sup>, e de outra, a instituição privada que fará as vezes da Administração Pública quando esta careça de meios e recursos mais adequados e aptos ao cumprimento efetivo de sua incumbência legal.

Assim, o artigo 197 dispõe:

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. [*grifo nosso*]

Conforme o destaque no artigo supracitado, é possível a compreensão de que, quando se tratar de ações e prestação de serviços de saúde, além de elas poderem ser empenhadas diretamente, pelo Poder Público, ou por pessoa física ou jurídica de direito privado – dada a

---

<sup>110</sup> CF/88: “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”.

autonomia conferida a iniciativa privada para atuar nesse ramo sob regime jurídico privado, em encargo originário, como já analisado alhures -, ela também poderá ser empreendida “através de terceiros”. A partir da palavra delineada, **terceiros**, pode-se inferir que se trata de outras entidades a quem, legitimamente, a Administração Pública transfere a incumbência pela execução de determinadas tarefas, componentes de um rol mais amplo de tarefas de saúde exercidas no âmbito da saúde pública (ações e serviços de saúde) em observância ao dever de prover a atenção e a assistência à saúde para a coletividade, sem transferir-lhe, no entanto a responsabilidade pela garantia da disponibilização desses serviços e ações, responsabilidade, esta, que se conserva sob a égide estatal.

Tal aferição pode ser feita porquanto, além da análise sistemática de outros dispositivos Constitucionais e infraconstitucionais, a serem perscrutados a seguir, o próprio dispositivo se faz entender desse modo, haja vista que as possibilidades que se irrompem para o posicionamento das entidades nas incumbências impostas, se exaurem nesse mesmo dispositivo da seguinte maneira: a) quando o dispositivo menciona que a execução das referidas atividades podem se dar diretamente, refere-se à execução pelo Poder Público, como pessoa jurídica única representada pela figura da Administração Pública; b) quando a mesma disposição é direcionada às pessoas físicas e jurídicas de direito privado, refere-se, o dispositivo às entidades privadas atuantes em regime próprio – privado; c) quando a disposição é destinada a terceiros, tem-se que são entidades de pessoa jurídica distinta da Administração Pública de modo a configurar ou pessoa jurídica de direito público, descentralizada, ou pessoa jurídica de direito privado, atuante sob regime jurídico público.

O § 1º do art. 199, por sua vez, não deixa margens para incertezas, quando expressamente menciona a) o modo pelo qual incidirá a participação da instituição privada no SUS - complementar; b) qual o regime que obedecerá – diretrizes do SUS, regime de direito público; c) quais os instrumentos utilizáveis para formalizar o acordo com o Poder Público – contrato de direito público ou convênio; d) restrição no rol das entidades privadas preterindo-se a com fim lucrativo, quando diante da opção por entidade sem fim lucrativo. Transcreve-se:

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>111</sup>

Ainda, a LOSUS, Lei nº 8.080 que regula o Sistema Único de Saúde, dispõe:

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS. (...) § 2º - **A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde-SUS, em caráter complementar.** *[grifo nosso]*

E,

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.<sup>112</sup>

Da análise dos respectivos dispositivos da LOSUS, pode-se depreender com elevado grau de certeza, que é dado, ao Poder Público, a possibilidade de recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, quando comprovada a insuficiência do Poder Público para exercê-los, a fim de assegurar a cobertura assistencial de uma coletividade pelo Sistema Único de Saúde, relação jurídica que se firmará sob a égide dos instrumentos jurídicos, contrato de direito administrativo ou convênio.

Destarte, impende-se definir os instrumentos jurídicos, introduzidos pela Constituição e pela lei infraconstitucional, aptos a formalizar esse acordo entre setor público e privado, e que delimitarão as incumbências e prerrogativas de cada um desses entes, partes dessa relação, na dinâmica correspondente às suas atuações na seara da saúde pública.

## 5.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - AS FORMAS TRADICIONAIS DE AJUSTE JURÍDICO ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULARES: CONTRATOS E COVÊNIOS

---

<sup>111</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, op. cit.

<sup>112</sup> Lei 8.080/90.

### 5.1.1 Dos contratos administrativos

Uma acepção ampla de contrato administrativo o define como “acordo de vontades apto a gerar direitos e obrigações, de que participa um sujeito integrante da Administração Pública.”<sup>113</sup> Consoante interpretação do mesmo conceito veiculado na Lei nº 8.666/93<sup>114</sup>, Marçal Justen Filho ainda aprimora o conceito<sup>115</sup>:

Pode-se definir contrato administrativo, em sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.

O autor explicita importante denominador que embasa os contratos administrativos quando profere “tal como facultado legislativamente”. Isso porque todos os atos da Administração devem ser realizados em razão de um ato normativo que lhe autoriza ou lhe impõe a concretização do que se encontra, naquele texto, determinado, em respeito ao princípio da legalidade estrita a que se encontra vinculada a Administração Pública. Nesse sentido, a lei é a fonte única da obrigação que se firmará por via contratual, em que a esta é vedada a sobreposição à norma legal, mesmo diante de uma disciplina normativa de cunho discricionário – já que a discricionariedade só é procedente quando o agente administrativo atua nos limites da norma.

Dentre os contratos administrativos em sentido amplo<sup>116</sup>, encontra-se a subclassificação: a) acordo de vontade da Administração Pública; b) contratos de direito privado; c) Contrato Administrativo em sentido restrito.

---

<sup>113</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 352.

<sup>114</sup> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. 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.

<sup>115</sup> JUSTEN FILHO, 2010, op. cit., p. 352.

<sup>116</sup> Maria Sylvia Z. Di Pietro, para distinguir o contrato administrativo em sentido restrito do contrato administrativo em sentido amplo prefere chamar este último de Contratos da Administração (DI PIETRO, 2008, op. cit., p. 237).

Os acordos de vontade da Administração Pública são assim qualificados em decorrência da característica primordial de serem firmados isentos de finalidade lucrativa por parte dos contratantes, o que não os exonera dos efeitos vinculantes e direitos e obrigações criadas pelo ajuste. Tal ajuste ocorre em razão de atender a necessidades coletivas, motivo pelo qual fica vedada às partes perceber lucro e ampliação do seu patrimônio. Alguns dos acordos de vontade em espécie são os convênios e consórcios públicos, sendo que discorrer-se-á a fundo sobre convênios em capítulo infra, por tratar-se de uma das formas utilizadas pelo Poder Público para acordar com a iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde no SUS.

Há de se considerar que, ainda que subsista a Administração Pública em um dos polos da relação contratual, nem sempre, por esse motivo, poderá o ajuste ser denominado “contrato administrativo”, a exemplo dos contratos de direito privado, quando há, ao menos, preponderância desse regime na elaboração e execução do contrato, mesmo que haja a Administração Pública na posição de um dos contratantes, que configura o terceiro tipo de contrato dentro do espectro dos contratos administrativos em sentido amplo – os contratos de direito privado em que “a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **horizontalidade**”.<sup>117</sup> Encontra-se nas disposições da Lei 8.666/93 a referência a alguns contratos que, contudo regidos pelo direito privado predominantemente, apresentam-se sujeitos a algumas normas de direito público constantes da lei em comento, a exemplo dos contratos de compra, alienação, locação de imóvel e concessão de direito real de uso.

O contrato administrativo em sentido restrito envolve, via de regra, conteúdo eminentemente patrimonial, seja de um bem materialmente fruível, a exemplo da concessão de obra pública/uso de obra pública, como também tem lugar como objeto do contrato: prestação ou locação de serviços, fornecimento, compra, empréstimo público. Resguarda, como uma de suas características curiais, a prerrogativa do Estado – resultante das cláusulas exorbitantes do direito comum, próprias dos contratos de direito administrativo - de a) **inovar unilateralmente** as condições contratuais, sem prejuízo de se restabelecer a equação econômico-financeira original<sup>118</sup>; b) extingui-lo em caráter unilateral (rescisão unilateral),

---

<sup>117</sup> DI PIETRO, 2008, op. cit., p. 237.

<sup>118</sup> Art. 65. da Lei nº 8.666/93: Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a



também sem prejuízo dos interesses econômicos da outra parte contratante; c) bem como de acompanhar e exercer incisiva fiscalização sobre a atividade empreendida pelo outro polo da relação ao longo da relação jurídica estabelecida; d) impor sanções e penalidades, motivadamente, quando do descumprimento contratual pela outra parte.<sup>119</sup> Marçal Justen Filho profere que tais prerrogativas ou, competências extraordinárias, são decorrentes da razão de ser do contrato em comento, ou seja, decorre da função do contrato em “obter utilidades para a satisfação de necessidades coletivas, de direitos fundamentais”.<sup>120</sup>

As prerrogativas concedidas à Administração Pública, porém, dão ensejo a garantias extraordinárias para a outra parte, particular exposto a essa sujeição em razão da natureza público - administrativa do contrato, como a compensação econômica para a manutenção da relação original entre encargos e vantagens, o que não ocorre em contratos que se consolidam à luz do direito privado. Nessa mesma orientação, Celso Antônio Bandeira de Mello profere com propriedade, no que diz respeito ao campo das garantias do particular ligado pelo acordo:

Cabe-lhe [ao particular] integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja. (...) A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado.<sup>121</sup>

Assim, havendo no contrato administrativo a Administração Pública em um dos polos, e o agente privado, no outro, existe a possibilidade de exercício de poderes da administração Pública, independente de sua previsão no instrumento contratual. Nesse sentido, Maria Sylvia Z. Di Pietro reitera que no contrato de direito público, as cláusulas exorbitantes existem

---

modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

<sup>119</sup> Art. 58. da Lei nº 8.666/93 (a qual trata, sobretudo, dos contratos administrativos e licitações): O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

<sup>120</sup> JUSTEN FILHO, 2010, op. cit., p. 357.

<sup>121</sup> MELLO, 2009, op. cit, p. 617.

implicitamente, não havendo necessidade de que sejam previstas expressamente para se fazerem valer - consistindo no que a doutrinadora denomina de “condições gerais” do contrato administrativo - já que são concebidas no intuito de assegurar a supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado, em uma relação de relativa verticalidade entre Poder Público e entidade contratada particular. Assim, constata-se que as condições gerais do contrato administrativo em sentido restrito são irrevogáveis exceto quando se faça premente em razão de **interesse público**, e respeitado o **equilíbrio econômico do contrato**<sup>122</sup>, a imposição de alteração/rescisão unilateral do contrato, pelo Estado. Deveras, o interesse público constitui o interesse representado pelo Poder Público na atuação contratual, e demanda flexibilidade para atendimento das variações a que está sujeito, donde se extrai as cláusulas exorbitantes e prerrogativas contratuais da Administração Pública supracitadas; já o equilíbrio econômico do contrato figura o interesse do particular no ato da contratação, qual seja, o suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, conforme o ajustado.

Edmir Netto de Araújo<sup>123</sup>, por sua vez, explicita as cláusulas próprias do contrato administrativo como sendo típicas, seja em razão da matéria, seja em razão da atribuição de prerrogativas à Administração Pública e, dentro destas, a existência de a) cláusulas econômicas, as quais dispõem diretamente sobre a função econômica do contrato perante o particular contratante, de forma direta, quando estipulam acerca da remuneração do contratado ou quanto aos rendimentos que o particular tem de pagar ao Estado pela fruição de bens ou direitos, e de forma indireta, quando incidem no equilíbrio econômico do contrato ao regular questões como prazos, contingente laboral, investimentos; b) cláusulas regulamentares, as quais configuram propriamente as cláusulas de prerrogativa, sujeitas à alteração unilateral por parte da Administração, portanto, revestidas de

---

<sup>122</sup>Art. 37. da Constituição Federal: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei**, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [*grifo nosso*]

Art. 57. da Lei nº 8.666/93: A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos (...)§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e **assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro**, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: (...) [*grifo nosso*]

<sup>123</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 131

mutabilidade/instabilidade, a exemplo da imposição ao particular, pelo Poder Público, de deveres de modernização do serviço, modificação do regime de execução, obrigações suplementares, bem como cláusulas de inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido, de poder expropriatório da Administração, além das já mencionadas alhures.

O objeto do contrato administrativo em sentido restrito consiste, assim como na maioria dos contratos, em uma prestação de dar, fazer ou não fazer, sendo uma das partes uma entidade no exercício da função administrativa que direciona sua vontade no sentido de estabelecer direitos e deveres, a si mesmo e à outra parte.

Vale ressaltar que, contudo subsista a prerrogativa da Administração Pública para exercitar atribuições que dizem respeito ao estipulado no contrato, de forma unilateral, alterando-o, o contrato administrativo em sentido restrito não perde sua natureza contratual, haja vista que a constituição do vínculo depende do acordo de vontades, ou seja, para que em algum momento sejam dadas, ao Poder Público, competências extraordinárias em determinada relação jurídica, deve haver-se pré-constituído uma confluência de manifestações de vontade no sentido de dar vida àquela relação jurídica.

Ainda que se trate de contrato de direito público, sujeito a normas de regime jurídico público, há certas sujeições impostas à Administração que em muito se assemelham aos contratos de direito privado como a obrigatoriedade de observância da forma, finalidade, procedimento e competência. : Quanto à a) forma do contrato, exige-se que deve ser escrita; b) finalidade; deve ser sempre pública, atendendo à supremacia do interesse público<sup>124</sup>; c) os procedimentos devem respeitar os requisitos previstos em lei para a validade do contrato, devem indicar a motivação contratual, realizar avaliação, licitação<sup>125</sup>, indicação de recursos orçamentários, publicação e aprovação pelo Tribunal de Contas. d) competência, a qual resulta da Lei.

Ademais, o contrato administrativo em sentido restrito pode ser classificado, quanto ao regime jurídico que o rege, em a) contrato de colaboração, quando as obrigações contraídas pelas partes são executadas em função destas mesmas, ou seja, os efeitos gerados reverberam somente no âmbito restrito às partes contratantes, sendo enumerados pela lei nº 8.666/93 os

---

<sup>124</sup> Em substancial distinção aos contratos tipicamente privados, TÁCITO (1975, apud, MELLO, 2009, p. 615) preceitua: “A tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público” (MELLO, 2009, op. cit., p. 615).

<sup>125</sup> Art. 2º da Lei 8.666/93: As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

casos típicos de compra, serviços, obras e alienações contratadas pela Administração Pública em face de particulares; b) contrato de delegação de competências cujo objeto consiste na atribuição ao particular da atribuição de competências de titularidade estatal em face de terceiros, ou seja, produzem efeitos perante terceiro. Vale reiterar, como já explanado neste trabalho, que por meio da delegação – como no caso da delegação de serviços públicos por meio da concessão/permissão – o Estado transfere ao particular é a titularidade da execução/prestação do serviço, e não a titularidade do serviço, de modo que o Estado se mantém como “senhor” daquele serviço, conservando, em si mesmo, a responsabilidade pela garantia daquele.

Como já delineado em capítulo pertinente, as ações e serviços de saúde não são passíveis de delegação, nas modalidades previstas no art. 175 (concessão e permissão), primeiro porque não se restringem à classificação de serviço público de modo que, como previamente debatido e em face da sua atuação sob os diversos regimes jurídicos, passam a ser classificados como serviço de relevância pública. Destarte não há que se falar em modicidade de tarifas para a prestação dos serviços de saúde, já que tal determinação constitui princípio do serviço público (econômico), incompatível com a natureza de gratuidade e abrangência universal de cobertura dos serviços públicos de saúde; segundo porque os serviços passíveis de delegação são aqueles tidos como serviços econômicos, enquanto os serviços sociais não podem ser delegados, porquanto situados sob a égide de regime jurídico especial em que, quando prestados sob titularidade Estatal, sob regime de direito público, portanto, não podem ser integralmente transferidos para a competência particular dada a carga de fundamentalidade inerente à saúde pública, motivo pelo qual incide um controle muito maior do Estado pela prestação/disponibilização desses serviços, controle que não poderia correr o risco de se esvaír diante de um direito que diretamente sobrecarrega no direito à vida digna da pessoa humana.

Importante para o presente trabalho é a observação feita por Marçal Justen Filho no que tange aos contratos de colaboração:

Deve-se destacar que o contrato de colaboração até pode gerar a obrigação de o particular atuar materialmente perante um terceiro. Mas, quando isso ocorrer, a atuação do particular será atribuída à Administração, tal como se ela estivesse desempenhando as suas funções.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> JUSTEN FILHO, 2010, op. cit.

Destarte, tal consignação acerca dos contratos de colaboração incide inevitavelmente nos ajustes entre Poder Público e instituição privada por meio do contrato. Segue-se, então, que os contratos de serviços de saúde no âmbito da saúde complementar enquadram-se no âmbito dos contratos administrativos em sentido restrito, sendo regulado pelo regime de direito público e, em grau de especificidade, inserem-se na descrição dos contratos de colaboração, inclusive perante as palavras de Marçal Justen Filho, supracitadas, haja vista que o contrato se desenrola entre ambas as partes (entidade privada que atuará no SUS e poder público), conquanto a atuação do particular gerará efeitos perante terceiros, usuários do SUS. Trata-se, portanto, no caso da saúde, de um **contrato em favor de terceiros**, pois subsiste uma obrigação bilateral, uma contraprestação recíproca entre as partes contratantes (o Poder Público paga determinada quantia ao particular na medida dos serviços prestados por este) que resultará na execução de ações e serviços de saúde no âmbito da cobertura assistencial do SUS à universalidade de usuários assistidos pelo referido sistema<sup>127</sup>.

Dado o caráter técnico-profissional dos serviços de saúde, ainda que subministrados como atividades-fim do Estado, pode-se aferir que a espécie contratual que regula os ajustes entre Poder Público e particular na seara da saúde pública é o contrato de prestação de serviços, consoante o art. 6º da Lei 8.666/93:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) 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**; [*grifo nosso*].

Muito embora o art. 3º, II da Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde disponha que os contratos administrativos serão utilizados, como instrumento do ajuste ora em comento, quando o objeto do contrato for a **compra** de serviços de saúde, não há de ser confundida a expressão com o objeto de contrato de compra, previsto na Lei 8666/93, uma vez que neste são empenhados bens materiais na avença, e não a execução dinâmica de um benefício estampado por meio da prestação de serviços. Explicitando o artigo que trata sobre contrato, na Portaria MS 1.034/93:

Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado

---

<sup>127</sup> MÂNICA, op. cit., p. 214.

entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria. Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas com ou sem fins lucrativos serão utilizados os seguintes instrumentos: (...) II - contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

E art. 6º da Lei nº 8.666/93, quando trata de objeto contratual “compra”: “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:(...) III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”.

Ademais, para não restar dúvidas de que os “bens” de que trata o art. 6º, III da Lei nº 8.666/93 consistem exclusivamente em bens materiais – onde não é possível coligar o conceito de serviços – o art. 15 da mesma Lei, que trata dos contratos de compra:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; II - a definição das **unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo** e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; III - as condições de **guarda e armazenamento** que não permitam a **deterioração do material**.

Consoante os destaques na transcrição do referido dispositivo, resta clarividente que os contratos de compra são constituídos em função de bens materiais porquanto somente bens materiais são passíveis de definição unitária e quantitativa, consumo – em sentido estrito, em referência ao uso pelo exaurimento do produto -, guarda e armazenamento e deterioração, sem embargos do termo “material” utilizado como sinônimo do bem objeto do contrato.

Assim, resta compreendido no art. 3º, parágrafo único, inciso II, que o contrato firmado entre Administração Pública e particular no âmbito do serviço público de saúde tem como critério, *ratione materiae*, a prestação de serviços de saúde, enquadrando-se na classificação doutrinária dos contratos administrativos como contrato de mesma denominação (contrato de prestação de serviços).

Vale ressaltar que o contrato administrativo para a compra de prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS não detém natureza de contrato de delegação em sentido estrito, pois este envolve a concessão e a permissão de serviços públicos, sobretudo dos ditos serviços públicos econômicos, ao passo que quando se trata de execução de atividades de índole sanitária, persiste um regime jurídico diferenciado do da mera delegação, restando o

consentimento estatal para a prestação de serviços o ponto em comum primordial entre ambos as espécies contratuais, como profere Gustavo Alexandre Magalhães<sup>128</sup>:

Nem o convênio nem o contrato têm como requisito de existência ou de validade a delegação de serviços públicos pelo Estado. Mas tanto no convênio quanto no contrato é imprescindível o consentimento estatal para a prestação de serviços, seja para o Estado, seja com o Estado (colaboração).

Quando o art. 6º da Lei 8.666/93 descreve conceitualmente a expressão “serviço”, para utilidade póstuma em dispositivos que regulem as prestações de serviços e seu modelo contratual, concede exemplificação, em nítido caráter não taxativo<sup>129</sup>, o que, muito embora expresse a noção de se tratar de atividades-meio, vinculadas ao funcionamento interno da Administração e sua estrutura – conforme se extrai da expressão “obter determinada utilidade de interesse para a Administração” -, é capaz de abranger a noção de serviços de saúde, atividade-fim do Estado, no grupo que envolve trabalhos técnico-profissionais.

A doutrina divide, com base no Art. 13 da Lei nº 8.666/93, os serviços técnico-profissionais, categoria inserta no rol de serviços (art. 6º da mesma Lei), em serviços comuns e serviços técnico especializados, de modo que entre os serviços comuns estariam aqueles em que se prescinde de habilitação especial para serem executados, como os serviços de reparo e manutenção, e entre os serviços técnico especializados incorporam-se os serviços nos quais, necessariamente, hão de atuar profissionais notoriamente especializados, em nível universitário ou de aperfeiçoamento superior, cuja habilitação especial supera a ordinária. O mencionado art. 13 enumera os serviços os quais, sob esse viés, o legislador entende serem especializados, de modo que Maria Sylvia Z. Di Pietro considera-o rol taxativo, ou seja, exaure-se na dicção apresentada.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Convênios Administrativos**: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual. 2011. 430 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 221.

<sup>129</sup> A expressão “tais como”, que sucede o conceito de serviço ao mesmo tempo em que introduz modelos que albergam essa modalidade de desempenho de atividade, designa um rol exemplificativo que, portanto, não exaure as diferentes atividades que podem restar inclusas na mesma definição.

<sup>130</sup> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico. VIII - (Vetado).

No entanto, o entendimento de Fernando Borges Mânica diverge do da doutrinadora na medida em que considera o rol do art. 13, da mesma Lei, de cunho exemplificativo. Sua opinião fundamenta-se no fato de que houve um desenvolvimento da técnica médica, especialmente fundada em estudos científicos e de aprimoramento aplicáveis à esfera de atuação pública, a ser considerada como especialidade, no que tange às inovações com relação a exames clínicos, terapêutica, e tecnologia da saúde, incluindo nestas não somente a manipulação da maquinaria e aparelhagem desenvolvida para diagnósticos e tratamentos, mas também a metodologia empregada na relação do profissional da saúde com o paciente-usuário do serviço de saúde, o que culmina no **trabalho vivo em ato** (tecnologia dura, tecnologia leve, levedura) conforme detalhado em capítulo anterior deste trabalho. Além disso, a administração de centros de saúde, o gerenciamento de sistema de informações e do sistema operacional de centros, postos, hospitais e ambulatórios gerais e especializados demanda, no que diz respeito à atividades-fim, grau de habilitação superior ao usual.

Com a insurgência dessa cabal divergência, por não apresentar, o rol do art. 13, menção alguma a serviços de saúde ou serviço análogo que permita a equiparação, conforme observa Maria Sylvia Z. Di Pietro, ao passo que não haveria outra classificação possível aos serviços de saúde, segundo análise realizada por Fernando Mânica, senão a de serviços técnicos especializados, a legislação revela uma nódoa no que tange à regulamentação dos serviços de saúde e dos contratos que os tem por objeto, o que traz à baila dificuldade aos juristas, intérpretes e aplicadores do direito por não haver delimitação expressa no que tange ao serviço público de saúde, o que torna a Lei nº 8.666/93 inadequada para disciplinar a sua contratação. Em suma, a Lei federal, Lei nº 8.666/93, elaborada e promulgada de acordo com as determinações Constitucionais<sup>131</sup>, apresenta-se, senão omissa, incompleta e insuficiente para regular a prestação dos serviços públicos de saúde, haja vista que estes reclamam por critérios específicos para fiscalização e controle dos referidos serviços – dada a natureza destes, já minudenciada nesse trabalho -, em nenhum momento previstos em tal diploma legislativo. Tal insuficiência e inadequação revelam-se incisivamente nos regimes de

---

<sup>131</sup> Compete à União, privativamente, editar normas gerais que dispõem sobre contratos, segundo o art. 22, XXVII, da CF, *in verbis*: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.



contratação previstos pela Lei para obras e serviços, segundo dicção do art. 10 da Lei em pauta:

Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: I - execução direta; II - execução indireta, nos seguintes regimes: a) empreitada por preço global; b) empreitada por preço unitário; c) (Vetado); d) tarefa; e) empreitada integral.

Isso porque, o serviço público de saúde prestado por terceiro contratado consiste em execução indireta<sup>132</sup>, cujas únicas modalidades possíveis apresentadas na norma do artigo supratranscrito são empreitada ou tarefa. Entretanto, a empreitada relaciona-se a atividade braçal, vinculada a um determinado resultado concreto, enquanto a tarefa se apresenta como pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de material<sup>133</sup>. Destarte, o óbice consiste na relação deficiente entre serviços públicos e os conceitos de empreitada e tarefa, já que nenhum destes preenche as características concernentes à natureza dos serviços de saúde, e o fato da Lei restringir a execução de serviços apenas a essas duas possibilidades.

Assim, no que diz respeito às características que conferem aos serviços públicos a demanda por acréscimo de critérios legislativos específicos, Maria Sylvia Z. Di Pietro pronunciou-se:

Quando se trata de atividade de natureza econômica, o estabelecimento de metas e o respectivo controle são muito mais fáceis, porque tal tipo de atividade permite maior objetividade em sua programação. Quando se trata de atividade social, como educação e saúde, é muito mais problemática a fixação de metas objetivas, com o estabelecimento de parâmetros que permitam controle adequado de resultados. As metas têm que ser muito mais qualitativas do que quantitativas, e a apreciação dos resultados exige pessoal altamente especializado e, provavelmente, demanda maior tempo de atuação para permitir avaliação precisa.<sup>134</sup>

Destarte, a prestação de serviços relacionados à saúde é, deveras, de difícil aferição quantitativa devido ao seu caráter social, de atividade complexa, que envolve uma série de processos de trabalho, intimamente relacionados, que se interligam e se harmonizam para um resultado final, mediato; de graus padronizáveis diversos, uma vez que muitos desses processos envolvem a interação entre profissional da saúde e usuário, tal como fora

---

<sup>132</sup> Lei nº 8.666/93: Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VII - Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios; VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (...).

<sup>133</sup> DI PIETRO, 2008, op. cit., p. 313-315.

<sup>134</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 438.

explicitado alhures, em trabalho vivo em ato, de cuja medição quantitativa revela-se árdua quanto à aplicabilidade, e pouco eficiente, porquanto a importância desse processo recai muito mais sobre a qualidade do que sobre a quantidade do serviço prestado.

Via de regra, a contratação de entidades privadas pela Administração Pública para atuar em atividades do setor público, para o setor público, ou de incumbência deste, quando albergada pelo regime de direito público, deve seguir um procedimento específico, qual seja, o da licitação. Esta “equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital”<sup>135</sup> [de convocação], perante a qual os interessados devem apresentar suas respectivas propostas, em expressa aceitação da oferta, sobre as quais recairá a escolha da Administração, conforme os desígnios imperativos do interesse público.

Tal procedimento deve ser orientado, em todas as suas etapas, e em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público, pelos seguintes princípios: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório (uma vez que o edital é a lei da licitação e a lei do contrato a ser, eventualmente, firmado), julgamento objetivo e adjudicação compulsória<sup>136</sup>, acrescidos dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, comuns aos princípios que rege a atuação da Administração Pública<sup>137</sup>.

Vale ressaltar que, sobretudo no âmbito da saúde pública, os contratos de prestação de serviços “devem ser entendidos como instrumentos de gestão, pois permitem a regulação e avaliação dos resultados na prestação de serviços o que pode resultar em melhoria da qualidade da assistência prestada”.

### 5.1.2 Convênio administrativo

---

<sup>135</sup> DI PIETRO, 2008, op. cit., p. 332.

<sup>136</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 265.

<sup>137</sup> Art. 3º, caput, da Lei 8.666/93: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos 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.

A Constituição Federal em seu artigo 199, § 1º - visto amiúde - quando prevê a possibilidade de serem celebrados ajustes de parceria entre Poder Público e entidade privada no âmbito da execução de ações e prestações de serviços de saúde, expressamente aponta os instrumentos jurídicos a serem utilizados para firmar, formalmente, o ajuste e traçar suas diretrizes: a) Contratos; b) Convênios.

Além do contrato, analisado no capítulo anterior, o convênio é tido como um dos principais instrumentos viáveis a celebrar acordos entre: a) entidades públicas (União, Estados, DF, Municípios, respectivos órgãos descentralizados) formando um liame de cooperação, por meio da gestão associada de serviços públicos, resultante, portanto, em caráter nitidamente público; b) ente estatal e privado. Para o presente estudo, importa discorrer acerca deste último, haja vista que o núcleo da Saúde Complementar posiciona-se na relação dinâmica entre Estado e particular, delineando um novo objeto de estudo jurídico, que vem sendo implementado substancialmente na prática, em termos crescentes.

Na relação entre particular e entidade estatal, empenhada através do convênio, a premissa norteadora para ações e execuções, de ambas as partes, encontra-se no interesse público, ou seja, não deve haver outro interesse preponderante senão a busca por realizar, concretizar algo que represente, ou que esteja em função do interesse público. Desse modo, não há que se cogitar em aplicação de regime privado para essa relação, pois não se acolhe o manto dispositivo da relação segundo critério exclusivamente formal, a bem dizer, pela análise das partes que figuram no polo da relação, mas sim, pela finalidade norteadora da relação.

O interesse público é a finalidade da Administração Pública, seja nos seus atos administrativos, seja nos contratos e acordos administrativos que pactua, sendo conceito presente no princípio da supremacia do interesse público. A bem dizer, esse princípio inspira tanto o legislador, no momento da elaboração das leis quanto no momento da execução de políticas públicas e no exercício das funções públicas. Junto a ele, segue-se o **princípio da indisponibilidade do interesse público** segundo o qual,

os interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre ele, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o

que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.<sup>138</sup>

Assim, os poderes incumbidos à Administração Pública por determinação legal<sup>139</sup> são concebidos como poder-dever, dos quais não podem se desincumbir, por mero ato de vontade, discricionário, as pessoas responsáveis pela administração do bem público – material ou imaterial – a exemplo da vedação à renúncia da autoridade pública ao exercício de competências que lhe são outorgadas por Lei. Ora, a saúde é dever do Estado e, portanto, compete ao Estado, em regime de direito público, garantir a prestação de ações e serviços de saúde – correlata à pretensão positiva do indivíduo e da coletividade. Destarte, ocorre que a entidade privada pode, ao longo de sua atividade ordinária, realizar projetos, objetos, serviços de interesse público, ainda que essa não seja sua função precípua, haja vista que não está legalmente vinculada à persecução do interesse público, tal qual está a Administração pública.

A entidade privada, *a priori*, constitui-se como tal em busca de objetivos próprios constantes no seu objeto social - via de regra, com vista a escopo lucrativo - para os quais atuará sob regime de direito privado, em que restam asseguradas a autonomia privada, a livre iniciativa, a livre concorrência e a liberdade de atuação da iniciativa privada consoante desígnios próprios inseridos na lógica de mercado, respeitados, unicamente, as determinações regulatórias do Estado.

Há de se obtemperar que, como visto em tópico alhures, a seara da prestação dos serviços de saúde encontra respaldo não somente no âmbito dos serviços públicos, nem tampouco apenas no regime da livre iniciativa, mas se encontra na confluência de ambos, em lugar próprio denominado de serviços de relevância pública. Neste, quando o Estado atua por incumbência Constitucional, onde evidentemente encontra o interesse público<sup>140</sup>, o serviço de saúde é classificado como **serviço público**, regido pelo regime de direito público; quando a entidade atua, também em encargo original, em regime próprio de direito privado, o faz sob o viés da prestação de serviço de relevância pública, pois lhe é dada a faculdade de prover ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, com intuito lucrativo, de modo que, por exercer atividade de interesse público e de função pública, encontra-se submetida a uma regulação estatal minudente, sobretudo pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

---

<sup>138</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 73-74.

<sup>139</sup> Em respeito ao princípio da legalidade da Administração Pública.

<sup>140</sup> No direito à saúde, direito fundamental à vida, e na dignidade da pessoa humana.

Entretanto, quando se abre uma terceira porta, uma terceira via de atuação em que estão envolvidas entidade privada e ente público, questiona-se, sob qual regime jurídico atuam, haja vista que para a realização de um mesmo direito – direito à saúde – a Constituição Federal estipulou, de um lado, a atuação do Estado sob regime de direito público, em notória dicção acerca de ser considerado, sob esse viés, atividade de serviço público; de outro, a atuação da entidade privada, sob regime jurídico privado, como atividade de mercado regulada pelo Estado. Sabidamente, a inteligência Constitucional estipulou, diante da possibilidade da atuação conjunta de ambos (entidade pública e privada) na seara da saúde, que a entidade privada é quem participará, de forma complementar, do Sistema Único de Saúde – e não o contrário, já que ao Estado é vedado intervir na ordem econômica da livre iniciativa – exceto em situações pontuais, de caráter excepcional, delimitadas por Lei - e, mais importante, a ele é dado em caráter de obrigatoriedade a referida atuação, diferentemente da iniciativa privada que pode optar, em sede de facultatividade, por atuar no ramo da saúde, ou não.

O convênio, então, desponta como instrumento apto incentivar a iniciativa privada de interesse público, na execução de serviços e atividades que venham a satisfazê-lo, de modo a caracterizar modalidade de fomento. Maria Sylvia Z. Di Pietro difere tal atividade da de serviço público, explicitando:

Assim é que o Estado, em vez de desempenhar, ele mesmo ou por meio de suas empresas, determinadas atividades comerciais, industriais ou financeiras, apenas incentiva ou auxilia o particular que queira fazê-lo; **também no âmbito das atividades sociais, com ou sem fins lucrativos, como a cultura, a pesquisa, a educação, a assistência social, o Estado tem a opção de prestá-las como serviços públicos próprios ou de incentivar o particular a prestá-las como serviços públicos impróprios.** (...) O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do convênio; na delegação, ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe que as duas pessoas têm competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos.<sup>141</sup> [*grifo nosso*]

Considerando todos esses aspectos em adição ao caráter fundamental e social do direito à saúde, que configura incontroversamente, portanto, interesse público a ser

---

<sup>141</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 233.

perseguido, obrigatoriamente, pela Administração Pública, há de se estabelecer que o regime jurídico que emana sobre a relação entre entidade pública e privada na Saúde Complementar é de **direito público**. Disso decorre que se manterão as prerrogativas e sujeições próprias do regime jurídico administrativo à própria Administração Pública firma convênio com a entidade privada. Além disso, a letra da Constituição revela, quando diz “mediante contrato de direito público ou convênio”, expressamente a natureza pública do instrumento formal do ajuste que caracteriza essa relação, *in verbis*:

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.

Diferentemente do consórcio público, “instrumento – irmão” que, a par dos convênios, compõem o rol dos acordos de vontades da Administração Pública, o convênio não constitui, *per si*, sujeito de direito, portanto não gera uma comunhão de entes que contrai direito e obrigações em nome próprio, como no consórcio; destarte, se presta a tão somente ordenar a atuação conjunta dos associados.

Maria Sylvia Z. Di Pietro, ao explicar acerca do regime dos convênios, profere:

os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem, por meio de convênio, para alcançá-los (...) é o que ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços de saúde ou educação.<sup>142</sup>

Haja vista a posição de supremacia da Administração Pública em relação às organizações particulares, porquanto aquela é a expressão representativa do interesse público em todas as suas atividades, incidem, destarte, no ajuste pactuado por meio do convênio, as mesmas cláusulas exorbitantes, que conferem prerrogativas à Administração Pública, presentes na elaboração e execução dos contratos administrativos em sentido restrito, como minudenciado no capítulo anterior.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> DI PIETRO, 2008, op. cit., p. 319.

<sup>143</sup> Nas palavras de Gustavo Alexandre Magalhães: “O art. 116 da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado no sentido de serem aplicadas as cláusulas exorbitantes previstas no art. 58 da Lei aos convênios celebrados entre a Administração Pública e entidades privadas” (MAGALHÃES, op. cit., p. 43).

Quanto à natureza formal do convênio, a doutrina se divide entre aqueles que entendem possuir natureza contratual, e outros entendem de forma diversa, a não se enquadrar no conceito de contrato administrativo *lato senso*.

O convênio, segundo entendimento da doutrina majoritária, constituiria espécie de contrato administrativo porquanto guardaria em sua essência a característica de estabelecer direitos e obrigações a uma, ou às demais partes que o firmam, com base em uma determinação legal, por meio do acordo de vontades dessas, o que as vincularia ao objeto do instrumento, dotando o negócio jurídico de obrigatoriedade conforme regime que sobre ele prepondera – regime de direito público.

Nessa espécie, as partes não se restringem a duas, podendo haver em uma mesma avença a participação de mais de duas partes, devido ao seu caráter associativo. Ou seja, para esses estudiosos, o convênio seria uma espécie de contrato associativo de cunho organizacional. Isso quer dizer que as obrigações e direitos que assumem as partes no momento em que realizam o ajuste se dão em prol de um fim comum, um interesse comum, do qual conjugam as partes.

A peculiaridade inerente aos convênios, em detrimento dos contratos administrativos em sentido estrito, seria quanto à consequência do interesse comum entre as partes, ou seja, a suas finalidades não lucrativas, de modo que nenhuma das partes pode pretender obter, ou vir a obter remuneração consistente em aumento patrimonial, senão para reinserção de investimento no próprio objeto do convênio. Quanto a essa natureza dos convênios, Marçal Justen Filho profere:

(...) a prestação realizada por uma das partes não se destina a ser incorporada no patrimônio da outra. (...) as partes não recebem remuneração por sua atuação e todos os recursos são aplicados no desempenho de uma atividade de relevância coletiva.<sup>144</sup>

Para Gustavo Alexandre Magalhães, o ponto que distingue o convênio do contrato administrativo *strictu sensu* é a vedação da finalidade lucrativa pela entidade privada, quando em ajuste contratual com o Poder Público.

Odete Medauar, também em defesa da natureza contratual do convênio, infere que os convênios: a) compreendem encargos recíprocos por parte dos partícipes, assim como os contratos administrativos; b) os interesses convergentes não são características exclusivas do

---

<sup>144</sup>JUSTEN FILHO, 2010, op. cit., p. 355.

convênio, embora preponderem nesse instrumento, podendo consistir o objeto dos contratos administrativos em busca por “resultados comuns”<sup>145</sup> c) pode ocorrer que, nos convênios celebrados com particulares, sobretudo as entidades privadas de fins lucrativos, o interesse precípua destas seja contraposto ao da Administração Pública uma vez que não consista no consagrado interesse público – interesse do Poder Público –, mas que outro interesse prevaleça, como o de auferir lucros já que, no âmbito da prestação de serviços de saúde por entidade privada, no âmbito do SUS (saúde Complementar), nem a CF, nem a LOS vedam que sejam firmados convênios com instituições privadas com fins lucrativos, expressando, tão somente, que se dê preferência às entidades privadas sem fins lucrativos em detrimento daquelas.

Nesse último ponto, há de se fazer a ressalva de que a recente Portaria 1.034/10 MS, em seu art. 3º, parágrafo único, I, alude à exigência de que o convênio seja firmado entre a Administração Pública e entidades privadas **sem fins lucrativos**, não mencionando, a esse tempo, a possibilidade de se utilizar o referido instrumento para firmar ajuste com entidades privadas com fins lucrativos.

Alguns autores, porém, discordam quanto à inserção do instrumento **convênio** na classificação de contratos administrativos, argumentando que para serem classificados como contratos, os acordos devem trazer vontades contrapostas como objeto, ao passo que o convênio é firmado com vistas a um interesse comum, a realizar uma vontade comum das partes contratantes<sup>146</sup>.

Nessa linha, Maria Sylvania Z. Di Pietro compreende que o convênio encontra-se à margem do âmbito contratual, sobretudo por não envolver a reciprocidade de obrigações; destaca, assim, que há uma atuação conjunta, na mesma direção e que esse fator

---

<sup>145</sup> No mesmo sentido, Fernando Mânica enuncia que “não se deve olvidar que também nos contratos podem ser observados interesses convergentes” (MÂNICA, op. cit., p. 230).

<sup>146</sup> Maria Sylvania Z. Di Pietro, em comunhão com o entendimento de que convênio não se insere na categoria de contratos administrativos, disserta: “O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios ‘**no que couber**’. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º” (DI PIETRO, 2009, op. cit., p. 319). Edmir Netto de Araújo harmoniza-se com Maria Sylvania enquanto considera que “convênios administrativos são convenções, mas não contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultando e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns. São, portanto, acordos de cooperação (quando todas as pessoas têm atividades preordenadas para o fim desejado) ou de colaboração (quando as pessoas desempenham atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal, para o objetivo comum) (...)” (ARAÚJO, op. cit., p. 145).



preponderante exige a Administração Pública da obrigatoriedade de recorrer ao procedimento licitatório na seleção da parte que assumirá a posição no convênio, ao lado da Administração.

Assim:

(...) no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração.<sup>147</sup>

No entanto, a mesma autora entende que “se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, como formação de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade” ainda que se utilize, para o instrumento de ajuste, a denominação de “convênio”, “protocolo de intenções” ou “termo de compromisso”, por exemplo.

Hely Lopes Meirelles, quando defende que o convênio não consiste em contrato, mas sim, em um acordo, e que por essa razão não há que se falar em “partes” no regime do convênio, haja vista que todos os participantes ocupam a mesma posição jurídica, afirma que qualquer um destes pode denunciar unilateralmente o convênio e retirar-se da cooperação quando desejar, sem a obrigação do pagamento de indenização e que tal característica define a precariedade do vínculo estabelecido, subtraindo-lhe eventual natureza contratual. Em suas palavras<sup>148</sup>:

Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes.

Alexandre Santos de Aragão<sup>149</sup> sustenta que, quando o objeto do convênio consiste em mera cooperação entre ente público e privado de modo aquele, incumbido de serviço, continue a prestá-lo concomitantemente e em conjunto com a entidade privada, o convênio “seria apenas um mecanismo de exercício coordenado por mais de uma pessoa jurídica de atividades comuns ou complementares”, ao passo que, quando o ente público deixa de prestar o serviço de sua incumbência, diretamente, transferindo-o ao particular ao mesmo tempo em que o financia para realizá-lo, está-se diante de uma delegação de serviço público, distinta da

---

<sup>147</sup> DI PIETRO, 2002, op. cit., p. 235.

<sup>148</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 102.

<sup>149</sup> ARAGÃO, 2013, op. cit., p. 720.

concessão em razão de dispositivos regulamentadores distintos daquele regime que emana sobre as concessões.

Fernando Borges Mânica, por sua vez, entende que quando o objetivo constante do instrumento de ajuste entre Administração Pública e entidade privada é a prestação de serviços públicos a terceiro, de modo que o Estado passa a figurar como usuário indireto, está-se diante de um contrato de delegação de serviços públicos, ao passo que se o objetivo em pauta consiste no incentivo a atividades privadas que se alinham às políticas públicas de determinado órgão estatal, diz que o ajuste recebe a qualificação de contrato de fomento, afastando a utilização dos convênios como mecanismo de participação privada nos serviços públicos de saúde, por considerar que este instrumento gera um vínculo dotado de precariedade – e que tal não se compatibiliza com a natureza social e fundamental do direito à saúde -, diferentemente do contrato administrativo, a fim de que não se restrinja a aplicação dos dispositivos, nos ajustes firmados com entidades privadas no âmbito do SUS, a uma parcela de dispositivos da Lei nº 8.666/93, mas sim, sua totalidade.<sup>150</sup>

Destarte, o autor pondera que quando se utiliza o convênio – ao que prefere nomear contrato de fomento - como mecanismo de fomento às atividades privadas de mesma índole das atividades estatais, deve-se estabelecer regime jurídico com regras que garantam a atuação da entidade privada conveniada direcionada à consecução do objetivo comum pactuado, a fim de preservar a finalidade suprema daquele ajuste consolidada em prestação de serviços de relevância pública.

Assim, no convênio o que existe é uma mútua colaboração que pode ocorrer de maneiras distintas como o repasse de recursos na forma de incentivo, cessão de uso de equipamentos, recursos humanos, materiais e imóveis. Tal objeto distingue-se do objeto do contrato no ajuste para consecução de realizar prestação de serviços de saúde na medida em que **o preço** é uma característica dos contratos que não se encontra no convênio. Insta

---

<sup>150</sup> O autor, ainda, embasa sua assertiva no fato de que a distinção propugnada por outros autores com relação a convênio e contrato é insuficiente porquanto extraída de uma concepção privada, transportada do direito privado. Assim, se utiliza da composição de Tulio Ascarelli para enfatizar que tanto nos contratos de associação (onde se encaixaria a concepção de convênio, como dito alhures) quanto nos contratos de troca é possível notar a presença de interesse antagônicos das partes envolvidas, de modo que este argumento, utilizado por diversos doutrinadores e já explicitado amiúde, não se mostra apto o suficiente para subtrair do convênio a natureza contratual. Tulio Ascarelli (2001, apud Mânica, 2009) menciona a avaliação das respectivas contribuições, a determinação da respectiva ingerência na administração, a distribuição dos lucros e das perdas como características de interesses antagônicos constantes no gênero dos contratos de associação nos quais se encontra a espécie convênio.

salientar, por conseguinte, que a escolha do instrumento legal a ser utilizado no acordo “será definido a partir do objeto do ajuste com o setor privado, e não em razão da natureza jurídica da instituição ou empresa a ser contratada”.<sup>151</sup>

Dessa forma, no convênio, o valor que é recebido por repasse do Poder Público deve ser utilizado para a execução de determinada atividade – para consecução de resultado/objetivo comuns aos entes participantes do convênio -, de modo a que aquele não perca o caráter público, derivado da origem e do foco de aplicação da referida quantia, motivo pelo qual a entidade conveniada é obrigada a prestar contas quanto a aplicação do recurso público repassado aos órgãos de fiscalização e controle interno e externos. No que tange ao contrato administrativo, o valor empenhado será para a compra de serviços de saúde no âmbito público, o que não impede que o valor seja empregado a título de remuneração para integrar o patrimônio da entidade privada que o recebeu em contrapartida aos serviços prestados, sobretudo no que diz respeito às entidades privadas com fim lucrativo.

Poder-se-ia, nesse aspecto, argumentar pela violação do princípio da gratuidade dos serviços públicos de saúde, de incumbência do Estado, uma vez que o SUS tem como base de financiamento o sistema distributivo, proveniente dos repasses receita pública do Orçamento Fiscal e do Orçamento da Seguridade Social<sup>152</sup> para atuar diretamente, em política de saúde, cujo dever é acometido pela CF ao Poder Público, documento legislativo mesmo que, outrossim, veda expressamente a destinação de recursos públicos para auxílios e subvenções às instituições privadas com fins lucrativos<sup>153</sup>.

Por isso, é nesse embate que se argumenta pela delimitação das contratações com entidades privadas com fins lucrativos, motivo pelo qual o art. 199, §1º da CF, o art. 25 da Lei nº 8.080/90<sup>154</sup>, e o art. 3º, parágrafo único, da Portaria 1.034/10 do MS, determinam que seja dada preferência às entidades sem fins lucrativos quando da contratação de entidades privadas para a prestação de serviços de saúde, discussão que será aprofundada no capítulo a seguir, quando da limitação da participação privada nos serviços públicos de saúde e das hipóteses

---

<sup>151</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 383.

<sup>152</sup> Integrados por tributos como impostos, e outras contribuições sociais como COFINS.

<sup>153</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. O mesmo dispositivo encontra-se na Instrução Normativa/STN nº 01/97, art. 5º, II: “**Art. 5º. É vedado:** II - destinar recursos públicos como contribuições, auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

<sup>154</sup> 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).

em que se permite a contratação das entidades privadas com fins lucrativos para o referido fim.

## 5.2 PORTARIA 1.034/2010 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE: LIMITES, ATRIBUIÇÕES E REQUISITOS DA INSTITUIÇÃO PRIVADA ATUANTE NA SAÚDE COMPLEMENTAR

O uso do termo **complementar** na dicção do artigo 199, parágrafo 1º da CF remete à noção de que já existe sistema público de saúde, e que a existência deste, por ser instituída constitucionalmente e regulada, sobretudo, pela LOSUS (Lei nº 8.080/90), é obrigatória, não podendo se sujeitar aos desígnios do Poder Público de instituí-lo ou estruturá-lo haja vista que não se trata de atribuição meramente facultativa. Destarte, a responsabilidade por mantê-lo e a incumbência de garanti-lo é, sem dúvida, expressamente atribuída ao Estado, malgrado a execução de serviços de assistência e atenção à saúde, bem como a gestão dos centros, ambulatorios e hospitais, se assim se fizer necessário, poderão ser transferidas às entidades privadas a fim de que se proceda à máxima efetivação do direito fundamental à saúde. Sob essa acepção, Fernando Borges Mânica profere:

Dentre as funções do Estado para a manutenção dos sistemas aptos a promover tal direito, merecem destaque: -A formulação e o planejamento de políticas públicas -O financiamento das atividades públicas e incentivo às atividades privadas -A regulação de todo o setor; e -A prestação dos serviços<sup>155</sup>

Desse modo, resta clarividente, por uma interpretação atenta da Constituição Federal, que a determinação estipulada se dá no sentido de que o Poder Público é o responsável por garantir que os serviços de saúde sejam disponibilizados e prestados com a devida adequação e a máxima efetividade a todos que deles necessitarem, na medida em que é o responsável por estatuir políticas sociais e econômicas, assim como é o responsável por exercer incisiva fiscalização, regulamentação e controle, de modo a impedir que não sejam desrespeitadas as diretrizes e princípios do SUS na execução das atividades prestadas pela entidade privada em seu âmbito. A redação do art. 196, e do art. 197 da CF revelam essa proposição, ao mesmo

---

<sup>155</sup> MÂNICA, op. cit., p. 162.

tempo em que não obrigam o Estado a executar as ações e os serviços de saúde diretamente, nem tampouco obrigam a entidade privada a fazê-lo; a obrigação imposta pelo conjunto desses dispositivos é que o Estado se incumba da tarefa de executar políticas sociais e econômicas para a redução do risco de doença e outros agravos da saúde e para garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde sem embargos de que, em havendo interesse por parte da iniciativa privada, e a necessidade da participação desta por parte do Estado - dada a insuficiência da sua gestão, suporte tecnológico e organização-, seja efetuado o ajuste entre as referidas entidades com vistas à consecução da máxima efetivação do direito à saúde.

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. [*grifo nosso*]

E,

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.

Ademais, o art. 198<sup>156</sup> determina que também incumbe ao Estado estabelecer diretrizes da política de saúde a ser adotada e atribui à lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde.

---

156 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. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (...)

Para Fernando Mânica, a questão, então, não envolve a obrigatoriedade do Estado no dever de executar diretamente as atribuições previstas para o Sistema Único de saúde, bem como não envolve a limitação de atribuições da atividade privada atuante nesse sistema, mas sim a possibilidade de ambos atuarem no âmbito SUS, sob regime de direito público, sendo que ao Estado é obrigatório garantir que os serviços públicos de saúde sejam disponibilizados, seja diretamente, pelo próprio Poder Público, seja por entidades privadas na Saúde Complementar.

O entendimento da doutrina majoritária, entretanto, diverge do de Fernando Mânica. Maria Sylvia Z. Di Pietro entende que a complementaridade da participação privada na saúde importa em que o particular fique restrito à gestão de apenas uma parcela ou um determinado serviço. Nas suas palavras:

(...) a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas de ‘forma complementar’, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, etc. (...) <sup>157</sup>

Na mesma linha, se deu o Parecer do Ministério Público de Minas Gerais, Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde na Comarca de Lagoa da Prata, quando consultado:

Com isso o ordenamento jurídico reconheceu, porém, que as estruturas públicas poderiam ser insuficientes para acolher toda a demanda do SUS. Por esse motivo, admitiu que o Poder Público possa COMPLEMENTAR a sua rede própria com serviços privados contratados ou conveniados. Ou seja, instituições particulares podem participar do SUS quando indispensável para satisfazer as necessidades sociais. Essa participação será em caráter complementar, pois a prestação do serviço público de saúde é responsabilidade direta do Estado (gênero) <sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 243.

<sup>158</sup> ASSIS, Gilmar de; PIUZANA, Laís de Souza. **Consulta para análise técnica sobre a responsabilidade do município na gestão da saúde e a licitude do chamado “Sistema de Credenciamento” para contratação de prestação de serviços e profissionais de saúde.** Minas Gerais: CAO - Saúde, 2010. p. 3. Parecer técnico jurídico nº 002/2010.

Também já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 199 § 1º, da Constituição Federal, devem ser prestados diretamente pelo Estado, cabendo à iniciativa privada, no que diz respeito ao sistema único de saúde, apenas e tão somente atividades complementares, mediante contrato de direito público ou convênio (...)<sup>159</sup>

Na esteira do que defende Fernando Borges Mânica, o texto Constitucional, bem como a legislação infraconstitucional, no que tange aos dispositivos que remetem à participação privada no sistema público de saúde, **não possibilita extrair a interpretação de que esses dispositivos imponham limites ao âmbito de atuação privada nessa participação**. Deixa em aberto, portanto, a possibilidade da prestação de uma gama de serviços de forma direta (Estado) na mesma medida em que possibilita a prestação de forma indireta (com a participação privada), sem menção alguma de que a participação de entidades de natureza pública, sob esse viés, seja preferencial à entidade privada.

De outro modo prediz o dispositivo que trata das entidades privadas passíveis de ajustarem com o Poder Público no âmbito da saúde complementar, já que ele menciona com aguda clareza que se dê preferência às entidades privadas sem fins lucrativos, em detrimento das entidades privadas com fins lucrativos, para que se firme o ajuste<sup>160</sup>.

Assim é que, para Mânica, a expressão **complementar**, em referência a participação da entidade privada no sistema público de saúde, não transmite a ideia de que determinados serviços/atuações sejam exclusivamente de posse do Poder Público, inclusive pelo fato de que não há, hodiernamente, dispositivos que regulamentem a questão, definindo ao certo quais encargos poderiam ser atribuídos às entidades privadas, ou nos quais estaria vedada a atuação desta. A limitação seria fixada, dessa forma, não aos serviços a serem prestados por um ou outro agente, mas sim, pela condição de se preferir as entidades privadas sem fins lucrativos às com fins lucrativos quando da formação do ajuste para a Saúde Complementar.

O mesmo autor, ainda, enfatiza tal interpretação, quando, ao realizar uma análise genérica das Constituições dos Estados-membros e das Leis Orgânicas Municipais (que

---

<sup>159</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Câmara Cível. Apelação nº 426.165-4. Relator: Juiz convocado Eduardo Sarrão. Diário de Justiça do Estado nº 7.684, 22 de Agosto de 2008.

<sup>160</sup> Constituição Federal: 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.

regulamam a questão da saúde, a partir das normas gerais editadas sobre a matéria, em âmbito da Administração própria), no que tange à matéria, constata que a **complementaridade** em questão não fora preenchida de conteúdo próprio, porquanto não se delimitou o âmbito de atuação das entidades privadas no sistema de saúde público a um contingente específico e demarcado dentro da universalidade de possíveis atuações no terreno do SUS. Em suma, Fernando Borges Mânica entende que a expressão complementaridade, no contexto em pauta, deve ser entendida como “a possibilidade de convivência entre a prestação pública e privada de serviços públicos de saúde”<sup>161</sup>, de modo que não há como se inferir que o ordenamento jurídico pátrio haja conferido a exclusividade de determinados serviços e atribuições no sistema público de saúde à Administração Pública, em detrimento da iniciativa privada.

Nessa ordem de ideias, a participação privada no sistema público de saúde conduz à compreensão de que o incentivo estatal é direcionado aos serviços públicos de saúde prestados pelo particular, e não à prestação privada de serviços de saúde. Tal compreensão desonera o entendimento que infringiria a Constituição quando esta proíbe o repasse de recursos públicos para subvencionar/auxiliar as instituições privadas com fins lucrativos no § 2º, do art. 199.<sup>162</sup> Sob a mesma acepção, Alexandre Santos Aragão, quando explicita a questão dos serviços sociais de relevância pública – utilizando a denominação de serviços compartilhados – profere:

Eles possuem a peculiaridade de poderem ser prestadas tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos. São atividades econômicas, com potencial lucrativo, mas que apenas o mercado ou o terceiro setor são incapazes de satisfazer os fortes interesses coletivos em usufruí-las (...). E por isso, o Estado também as presta, mas o faz gratuitamente ou de forma bastante subsidiada, pois do contrário as necessidades sociais correlatas continuariam insatisfeitas.<sup>163</sup>

Ademais, Fernando Mânica explora o espectro de possibilidades da atuação da entidade privada no sistema público de saúde, haja vista as considerações pontuadas quanto ao indicativo da complementaridade da participação daquela, mencionando que os ajustes celebrados por meio de contrato ou convênio podem ter como objeto: a) um serviço ou grupo

---

<sup>161</sup> MÂNICA, op. cit., p. 175.

<sup>162</sup> “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

<sup>163</sup> ARAGÃO, 2013, op. cit., p. 86.



de serviços internos relacionados à atividade-fim de uma entidade ou órgão público prestador de serviços de saúde; b) a prestação de serviços por uma unidade privada dotada de infraestrutura apta ao desenvolvimento das atividades ajustadas; c) toda a gestão de uma unidade pública de saúde, donde se entende por **gestão** a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatório, hospital, instituto, fundação...), o que corresponde, mais propriamente, ao que se denomina como gerência<sup>164</sup>.

Desse modo, em não havendo indicativos de restrições às atribuições concedidas à iniciativa privada, por meio de ajuste público com o Poder Público, pode-se considerar que o objeto do contrato pode abarcar prestação de serviços no âmbito da Atenção Básica, da urgência e emergência, nos prontos-socorros, pronto-atendimentos, em atenção pré-hospitalar, em âmbito ambulatorial, em atenção especializada, hospitalar dentre outras atuações que se façam necessárias no âmbito da saúde pública, sendo as mesmas já explicitadas em tópico alhures quando se tratou da prestação direta pelo Estado.

Fernando Mânica, ainda, distingue as *ações dos serviços* de saúde, ambos previstos na Constituição Federal<sup>165</sup> e na LOS<sup>166</sup> como componentes da incumbência do SUS, proferindo que as ações de saúde abrangem uma gama mais ampla de atividades administrativas em que, além das atividades prestacionais, incluem-se as atividades de fomento e polícia. Além disso, as ações de saúde de natureza prestacional dizem respeito às atividades realizadas em caráter pontual, voltadas preferencialmente à promoção e proteção da saúde e prevenção de doenças, enquanto os serviços públicos de saúde dizem respeito, preferencialmente, à recuperação da saúde<sup>167</sup>. Insta ressaltar que, no que tange às ações de saúde pública que envolvam atividades de fomento, polícia, essas últimas são de incumbência exclusiva da Administração Pública. A atividade de fomento<sup>168</sup>, quando por parte da Administração Pública, submete recursos

---

<sup>164</sup> O termo gestão muitas vezes é usado impropriamente para designar o que se entende por gerência, haja vista que o sentido original do termo gestão diz respeito à responsabilidade de dirigir um sistema de saúde, seja ele municipal, estadual ou nacional, função que só pode ser exercida por órgãos da Administração Pública, inclusive pelo princípio da direção única do Sistema Único de Saúde, e da responsabilidade exclusiva do Estado em garantir que sejam subministradas ações e serviços de saúde a fim de concretizar a atenção e a assistência à saúde.

<sup>165</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: (...)

<sup>166</sup> Art. 1º - Esta Lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados, isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

<sup>167</sup> MÂNICA, op. cit., p. 136-137.

<sup>168</sup> A exemplo do que enuncia a LOS (Lei nº 8.080/90), nas Disposições Transitórias, art. Art. 46, com relação à atividade de fomento no SUS: 46. O Sistema Único de Saúde-SUS estabelecerá mecanismos de incentivo

públicos para financiar atividades prestadas por entidades natureza jurídica diversa da pública, e deve ser empenhada diretamente pela mesma. Já a atividade de polícia alberga o dever de controle e fiscalização por parte do Poder Público, sobretudo das atividades de natureza privada, atuantes, ou não, no âmbito da esfera pública o que, dado o caráter de relevância pública das ações e serviços de saúde, carecem de imprescindível fiscalização do Poder Público, garantidor daqueles, que não devem se submeter aos interesses privados, haja vista que já têm sua participação no SUS possibilitada pelo ordenamento jurídico pátrio motivo pelo qual devem, ao menos, se sujeitar ao controle e fiscalização da Administração Pública, sob a qual se esmera a concretização do interesse público. Nessa orientação, o art. 197 da CF e o Art. 10 da Portaria 1.034/10 MS, no que diz respeito à seara da saúde, enunciam:

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. [*grifo nosso*]

E,

Art. 10. Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal adotarão instrumentos de **controle e avaliação dos serviços contratados**, além daqueles já previstos no âmbito do SNA, visando garantir o acesso da população a serviços de saúde de qualidade. [*grifo nosso*]

O entendimento de Fernando Mânica, no entanto, é contrário ao da exclusividade da Administração Pública no que toca à atividade de polícia, como parte das ações de saúde, quando pronuncia:

Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização<sup>169</sup>.

---

participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das Universidades e institutos de pesquisa aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

<sup>169</sup> MÂNICA, op. cit., p. 169.

A questão que se coloca em termos de complementaridade, e somente sob esse prisma pode ser abordado - diante do que já fora exposto no presente trabalho -, não provém de norma Constitucional, mas tão somente de norma infraconstitucional, o que procede a partir da leitura do art. 24, *caput*, da Lei nº 8.080/90, cuja dicção é transcrita a seguir:

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.

Nesse mesmo sentido, a Portaria 1.034/2010 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, profere:

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.

Nota-se, a partir da normativa alhures, que a permissão concedida ao Poder Pública para firmar ajustes com a iniciativa privada a fim de que esta atue no âmbito do serviço público de saúde, somente ocorre nas situações em que o Poder Público, através do SUS, não disponha de recursos suficientes para a disponibilização de serviços de saúde, de forma direta, de modo a garantir a cobertura assistencial de uma determinada localidade. O ajuste em comento, visa a suprir as insuficiências do Poder Público na garantia do fornecimento de serviços de saúde, circunstância, esta, que sem o ajuste, conduziria à infração de princípios consagrados no âmbito do SUS, como o da universalidade e o da gratuidade (de forma indireta, haja vista que o cidadão teria de recorrer aos serviços prestados pela iniciativa privada em regime privado, mediante uma contrapartida).

Diante da inconstitucionalidade a que levaria essa situação, de forma a enodoar toda a vertente sociológica, política e jurídica sobre a qual se escora o regimento próprio do SUS, a

complementaridade dos serviços de saúde pública encontra abrigo no momento em que o Poder Público necessita destes com o escopo de manter intocados os princípios e diretrizes do SUS que concretizam o direito fundamental à saúde na sua máxima efetivação.

Diz-se do princípio da subsidiariedade em uma lógica inversa à que normalmente é aplicada, pois, no presente caso, a entidade privada é quem atuaria em caráter subsidiário em sistema público, e não o órgão público atuaria em caráter subsidiário em âmbito privado. Ademais, insta ressaltar que se faz premente o requisito da impossibilidade da ampliação dos serviços públicos pelo próprio Poder Público, o que remete, portanto, à **necessidade de se exaurir toda a capacidade instalada, financeira e tecnológica do Poder Público**, a ponto de esta não se apresentar suficiente para que o Poder Público atenda ao seu dever de garantir que seja disponibilizado o serviço público de saúde para a cobertura assistencial da localidade, a qual se encontra sujeita a sua esfera de poder – seja em âmbito estadual e municipal, sobretudo, pois aos gestores estaduais e municipais compete dispor sobre a necessidade de complementação dos serviços públicos, haja vista o caráter local das ações e serviços de saúde, decorrente do princípio da regionalização do SUS.

Segundo a recente norma regulamentadora do regime da saúde complementar, a Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde, o ajuste firmado entre Poder Público e iniciativa privada para levar a cabo a complementaridade dos serviços públicos de saúde devem seguir, além dos requisitos aventados alhures, a sequência enumerada no art. 2º da Portaria 1.034 MS, §§ 1º, 2º, 3º, *in verbis*:

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: (...) § 1º A complementação dos serviços deverá observar aos princípios e as diretrizes do SUS, em especial, a regionalização, a pactuação, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso. § 2º Para fins de organização da rede de serviços e justificativa da necessidade de complementaridade, deverá ser elaborado um Plano Operativo para os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 7º da presente Portaria. § 3º A necessidade de complementação de serviços deverá ser aprovada pelo Conselho de Saúde e constar no Plano de Saúde respectivo.

Destarte, como já debatido anteriormente, a participação da iniciativa privada, que se dará sob o mando do regime de direito público, estará vinculada, em todo o período de sua atuação, aos princípios e diretrizes constantes da normativa do SUS, Lei nº 8.080/90,

sobretudo à regionalização, a pactuação, e à programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso.

A programação é mencionada em dois artigos da Lei 8.080/90:

Art. 18. À direção municipal do Sistema Único de Saúde-SUS, compete: (...) II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde-SUS, em articulação com sua direção estadual;

E,

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde-SUS serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos conselhos de saúde. (...) § 4º - O Ministério da Saúde acompanhará através de seu sistema de auditoria a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios; constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

Desse modo, a vinculação da entidade privada à programação a que diz respeito o parágrafo 1º do art. 2º da Portaria em comento refere-se à obrigatoriedade daquela em executar as tarefas, objeto do contrato/convênio, em conformidade com a programação previamente elaborada quanto aos serviços e tarefas no âmbito do SUS, pelos gestores de saúde federal, estadual e municipal, em estrita vinculação à aplicação de recursos previamente planejada e determinada.

Ademais, os parâmetros de cobertura assistencial a que se refere o dispositivo são estipulados pela Portaria GM 1101/2002, a qual alberga parâmetros a serem seguidos com relação a consultas médicas, consultas médicas por habitante ao ano, procedimentos básicos (ações médicas básicas, consultas básicas de urgência, ações de enfermagem, ações básicas em odontologia...), procedimentos especializados (consultas médicas especializadas, cirurgias ambulatoriais especializadas, procedimentos trauma-ortopédicos...), patologia clínica (exames básicos, exames diferenciados...), anatomopatologia e citopatologia (radiodiagnósticos, e exames ultra-sonográficos...), diagnose, fisioterapia, terapias especializadas (por terapia), procedimentos assistenciais de alta complexidade, cobertura das consultas especializadas (urgência/emergência, clínicas básicas, leitos, internações...), patologia clínica e radiologia<sup>170</sup>.

A instituição privada atuante no SUS também deve observar o Plano Operativo que tem como objetivos precípuos a organização da rede de serviços, bem como fornecer a

---

<sup>170</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM nº 1.101**. Brasília, DF: 2002. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>>. Acesso em: 31 jun. 2013.

justificativa da necessidade da complementaridade no âmbito do SUS, na medida em que deve demonstrar a utilização da capacidade instalada provida pelo Poder Público, a fim de comprovar ser necessário ampliá-la por meio da complementaridade do Sistema, definir a oferta e do fluxo de serviços e, em última instância, a pactuação de metas a serem atingidas pela instituição privada, devendo cumpri-la sob pena de violação dos dispositivos constantes dos instrumentos de ajuste (contrato/convênio), já que o Plano Operativo integra, obrigatoriamente, todo e qualquer ajuste firmado entre Poder Público e iniciativa privada na participação complementar desta no âmbito do SUS, conforme estipula o Art. 7º da Portaria 1.034/10 MS:

Art. 7º O Plano Operativo é um instrumento que integrará todos os ajustes entre o ente público e a instituição privada, devendo conter elementos que demonstrem a utilização da capacidade instalada necessária ao cumprimento do objeto do contrato, a definição de oferta, fluxo de serviços e pactuação de metas.

Assim, o Plano Operativo deve conter as ações e serviços, atividades, metas quantitativas e qualitativas e indicadores a serem pactuadores entre os gestores e prestadores de serviços de saúde, além da caracterização da instituição privada, sua missão na rede, a capacidade instalada disponível bem como comprovar a sua utilização em prol do atendimento no âmbito do SUS, além de definir a oferta e o fluxo de serviços que farão parte do ajuste<sup>171</sup>. Vale explicitar que a Portaria nº 3.277/06 MS<sup>172</sup>, revogada pela Portaria nº 1.034/10 MS, continha em seu art. 7º, parágrafo único, a determinação de que as metas a serem definidas no plano operativo seriam elaboradas conjuntamente pelo gestor e prestador de serviços conforme as necessidades da rede de serviços, dicção que não fora reproduzida neste último regimento.

Por fim, a necessidade de complementação dos serviços tem de ser aprovada pelo Conselho de Saúde, e constar no Plano de saúde respectivo. Conforme minudenciado previamente no presente trabalho, o Conselho de Saúde consiste em órgão colegiado de

---

<sup>171</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle. **Manual de Orientações para contratação de serviços no Sistema Único de Saúde**. Brasília, DF: 2006. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/sas>>. Acesso em: 31 de Junho de 2013. p. 17.

<sup>172</sup> Art. 7º O Plano Operativo é um instrumento que deverá integrar todos os ajustes entre o poder público e o setor privado, o qual deverá conter elementos que demonstrem a utilização de capacidade instalada necessária ao cumprimento do objeto do contrato, a definição de oferta, fluxos de serviços e pactuação de metas. Parágrafo único. As metas serão definidas pelo gestor em conjunto com o prestador de acordo com as necessidades e peculiaridades da rede de serviços, devendo ser submetidas ao conselho de saúde.

caráter permanente e deliberativo que atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, de modo que suas decisões são, posteriormente, homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (federal, estadual, municipal). Constitui, assim, órgão cuja participação nas decisões e políticas sociais e econômicas no âmbito da saúde faz-se imprescindível, motivo pelo qual o ajuste na seara da saúde complementar deve necessariamente passar por seu aval.

O art. 8º da Portaria em estudo ainda impõe às entidades privadas, na saúde complementar, algumas condições para sua participação tal como a de manter o registro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES. Esse cadastro visa a atestar a regularidade do local de atendimento, sendo que por estabelecimento se entende qualquer local destinado à realização de ações/serviços de saúde, coletiva e individual, qualquer que seja o seu porte ou nível de complexidade – ao mesmo tempo em que pode ser um hospital de grande porte, uma Unidade de Vigilância Sanitária e Epidemiológica, pode consistir em um consultório isolado. Além disso, dispõe que as instituições privadas têm de se submeter a avaliações sistemáticas, em consonância com o PNASS (Programa de Avaliação de Serviços de Saúde), que consiste em instrumento de apoio à gestão do SUS, com o escopo de garantir a qualidade de assistência oferecida aos usuários em termos de “eficiência, eficácia, efetividade das estruturas, processos e resultados relacionados ao risco, acesso e satisfação dos cidadãos, frente aos serviços públicos de saúde na busca de resolubilidade e qualidade”.<sup>173</sup> Tal não poderia ser exigência de diversa índole, haja vista que o intuito precípuo da contratação do Poder Público com as instituições privadas na seara do SUS é o de garantir a cobertura assistencial de saúde, em atendimento ao princípio da universalidade, com qualidade suficiente para garantir a máxima efetivação do direito fundamental à saúde.

Ademais, o mesmo art. 8º<sup>174</sup> estabelece que a instituição privada deve se submeter à regulação instituída pelo gestor, e é obrigada a apresentar tanto os relatórios de atividades por

---

<sup>173</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **PNASS – Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde**. Brasília, DF: 2004. Disponível em: <<http://pnass.datasus.gov.br>>. Acesso em: 31 jun. 2013.

<sup>174</sup> Art. 8º As instituições privadas de assistência à saúde contratadas ou conveniadas com o SUS devem atender às seguintes condições: I - manter registro atualizado no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES; II - submeter-se a avaliações sistemáticas, de acordo com o Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde - PNASS; III - submeter-se à regulação instituída pelo gestor; IV - obrigar-se a apresentar, sempre que solicitado, relatórios de atividade que demonstrem, quantitativa e qualitativamente, o atendimento do objeto; V -

ela empenhadas, quando solicitado, para demonstrar que se está atendendo ao objeto do ajuste, tanto quantitativa quanto qualitativamente, como toda a documentação necessária a atender as exigências do Controle Nacional de Auditoria, que empenhará a tarefa de fiscalizar a instituição contratante/conveniada. Ademais, deve atender às diretrizes da Política Nacional de Humanização – PNH, que reproduzem, minudenciam e complementam as diretrizes e princípios do SUS, sendo elas: a) ampliar o diálogo entre os profissionais, entre profissionais e população, entre profissionais e administração, promovendo a gestão participativa; b) implantar, estimular e fortalecer Grupos de Trabalho de Humanização com plano de trabalho definido; c) estimular práticas resolutivas, racionalizar e adequar o uso de medicamentos, eliminando ações intervencionistas desnecessárias; d) reforçar o conceito de clínica ampliada: compromisso com o sujeito e seu coletivo, estímulo a diferentes práticas terapêuticas e coresponsabilidade de gestores, trabalhadores e usuários no processo de produção de saúde; e) sensibilizar as equipes de saúde ao problema da violência intrafamiliar (criança, mulher e idoso) e à questão dos preconceitos (sexual, racial, religioso e outros) na hora da recepção e dos encaminhamentos; f) Adequar os serviços ao ambiente e à cultura local, respeitando a privacidade e promovendo a ambiência acolhedora e confortável; g) viabilizar participação dos trabalhadores nas unidades de saúde através de colegiados gestores; h) implementar sistema de comunicação e informação que promova o autodesenvolvimento e amplie o compromisso social dos trabalhadores de saúde; i) promover ações de incentivo e valorização da jornada integral ao SUS, do trabalho em equipe e da participação em processos de educação permanente que qualifiquem sua ação e sua inserção na rede SUS.<sup>175</sup>

Vale ressaltar que uma das marcas que se pretende com a implementação do PNH é consolidar que sejam reduzidas as filas e o tempo de espera com ampliação do acesso e atendimento acolhedor e resolutivo baseados em critérios de risco, objetivo, este, que constitui alguns dos motivos da pactuação com a iniciativa privada para atuar no SUS.

Já se explicitou alhures que o órgão público, sobretudo o gestor estadual ou municipal do SUS, deve, ao perceber a necessária participação da atuação privada no Sistema, dada a insuficiência da Administração Pública em prover sua adequada gestão e prestação de serviços, recorrer preferencialmente às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, já que a

---

atender às diretrizes da Política Nacional de Humanização - PNH; e VI - submeter-se ao Controle Nacional de Auditoria - SNA, no âmbito do SUS, apresentando toda documentação necessária, desde que solicitado.

<sup>175</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Humanização**: documento base para gestores e trabalhadores do SUS. Brasília, DF: 2004. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/doc\\_base.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/doc_base.pdf)>. Acesso em: 1 jul. 2013.



constituição destas se dá em favor do alcance de uma finalidade de interesse público. Nesse sentido, o art. 4º da Portaria em estudo reitera:

Art. 4º O Estado ou o Município deverá, ao recorrer às instituições privadas, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, observado o disposto na legislação vigente.

Ademais, dado o caráter da reciprocidade de interesses e, por conseguinte, da parceria com o ente público para a consecução de finalidades públicas, em notório regime de colaboração, fora explicitado que, segundo dicção do Art. 3º, parágrafo único, I, da mesma Portaria, a possibilidade de se firmar o ajuste por meio do instrumento convênio ocorre somente quando estão envolvidos o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos, motivo pelo qual se buscou esquadrihar as divergências doutrinárias acerca do regime que envolve tal instrumento, bem como o procedimento a que se deve ater a entidade pública e a entidade privada, quando da persecução de interesse público por meio dele.

Insta, nesse momento, clarificar o art. 5º da mesma Portaria, que coloca em relevo a questão da hipótese em que a exigência supra referida, de se proceder preferencialmente à contratação de entidades privadas sem fins lucrativos na Saúde Complementar, subtrai-se quando deixem de cumprir os requisitos previstos em Lei. Ora, tal não seria melhor política normativa dado que fora constatada excessiva burla ao ajuste qualificado como contrato administrativo, quando este se mostrava apto a perseguir os fins colimados, em consonância com natureza do objeto do pacto, a fim de que se ressalvassem determinadas exigências constantes daquele, em detrimento do convênio, a exemplo do procedimento licitatório estrito senso.

Destarte, o referido dispositivo determina que, quando descumpridos os requisitos que concederiam à instituição privada em comento a opção pelo convênio como forma de ajuste na Saúde Complementar, as tal instituição deve concorrer em igualdade de condições com entidades privadas lucrativas, sobretudo por meio da participação do processo licitatório, *ratio* de que se extrai que, em um primeiro momento, as entidades privadas sem fins lucrativos gozariam do privilégio da desnecessidade do procedimento licitatório para a contratação, por meio do convênio e que, em um segundo momento, em se descaracterizando sua finalidade pública presente em estatuto, bem como quando aquela não seja efetivamente constatada na execução das atividades, objeto do acordo, ou não detenha a capacidade instalada, operacional

apta ao desenvolvimento dessas atividades, devem, as referidas instituições, participar em igual posição jurídica das entidades com fins lucrativos, do procedimento licitatório.

Outrossim, o parágrafo único do mesmo artigo assevera que é determinante que as instituições privadas sem lucrativos que intencionem a participação na Saúde Complementar satisfaçam os requisitos básicos da Lei nº 8.666/93, de modo que, **mesmo no que tange ao instrumento do convênio, como forma de celebrar o acordo, deverão ser seguidas as disposições basilares do documento legislativo**, assim como o que consta no art. 3º da Lei nº 12.101/09, sem prejuízo de exigências técnicas, operacionais, ou demais que estejam dentro da esfera de conveniência e oportunidade ao gestor público do SUS. Assim, segue a dicção do Art. 5º da Portaria 1.034/10 MS:

Art. 5º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente. Parágrafo único. As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS.

Assim, analisar-se-á o conteúdo do dispositivo aventado na Lei nº 12.101/09, já que se perpassou, anteriormente, pelos requisitos básicos da Lei nº 8.666/93, ao se enfrentar a questão dos instrumentos jurídicos aptos a formalizarem acordo entre entidade pública e privada na esfera da Saúde Complementar – contrato administrativo e convênio. Passa-se, logo, à dicção do Art. 3º da Lei nº 12.101/09, *in verbis*:

Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV deste Capítulo, de acordo com as respectivas áreas de atuação, e cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - seja constituída como pessoa jurídica nos termos do **caput** do art. 1º; e II - preveja, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas. Parágrafo único. O período mínimo de cumprimento dos requisitos de que trata este artigo poderá ser reduzido se a entidade for prestadora de serviços por meio de convênio ou instrumento congênere com o Sistema Único de Saúde - SUS ou com o Sistema Único de Assistência Social - SUAS, em caso de necessidade local atestada pelo gestor do respectivo sistema.

O artigo em comento refere-se à certificação, ou seja, ao procedimento formal utilizado para caracterizar - e, por conseguinte, fazer disseminar efeitos de sua existência e atuação no universo jurídico -, as entidades beneficentes de assistência social, que detêm a finalidade de prestar serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação.

Destarte, o artigo enumera que a entidade deve ter sido constituída no período mínimo de 12 meses e que neste, demonstre ter atendido aos requisitos: a) da constituição como entidade jurídica de tal natureza – entidade beneficente de assistência social –; b) não permitindo que em caso de dissolução ou extinção da entidade o seu patrimônio seja destinado à outra pessoa jurídica senão entidades de mesma natureza ou pública, o que resguarda o caráter originário a que atende seus recursos e, eventualmente, os recursos repassados pelo Poder Público, qual seja, o interesse público e, no caso em específico, a assistência social, sendo que esta abrange a saúde. Nesse sentido, o caput do artigo remete que também devem ser atendidos os requisitos dispostos nas respectivas Sessões da mesma Lei, conforme a área de atuação da entidade.

No caso em questão, trata-se das entidades que atuam na área da saúde, âmbito de atuação para o qual o parágrafo único estabelece a ressalva de que, quando o gestor público local do SUS entenda pela necessidade da formalização de ajuste com entidades beneficentes de índole sanitária, o período mínimo de constituição da entidade beneficente exigido pode ser menor que 12 meses.

As disposições sobre os requisitos para que seja certificada, a entidade, como beneficente, no âmbito da saúde, contêm a determinação de que a entidade de saúde deve comprovar o cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congêneres celebrado com o gestor local do SUS, bem como **ofertar** a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento); **comprovar**, anualmente, da forma regulamentada pelo Ministério da Saúde, **a prestação dos serviços**, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados, ou seja, obriga-se a entidade a prestar esclarecimento sobre a execução do objeto do ajuste, de maneira precisa, de modo a permitir que seja empreendida a incisiva fiscalização do órgão público responsável no que atine ao cumprimento do pactuado, em prol do direito público fundamental à saúde.

Ademais, em seu art. 5º, a normativa estabelece a obrigação da entidade de informar ao Ministério da Saúde: a) a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes não usuários do SUS; b) a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes usuários do SUS; e c) as alterações

referentes aos registros no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES. Novamente, a aceção do dispositivo se dá no sentido de um rígido controle por parte da Administração de que o percentual mínimo de atendimento aos usuários do SUS, em detrimento das internações e atendimentos ambulatoriais a pacientes não usuários do SUS, esteja sendo atendido a fim de dar continuidade ao ajuste, haja vista que o repasse de verbas realizados por meio do convênio e instrumentos congêneres (Contrato de Gestão, Termo de Parceria) se dá ao longo da execução do acordo. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo obriga a que a entidade mantenha atualizado o cadastro realizado no CNES, de modo a evitar qualquer tipo de comportamento fraudulento em vistas de modificação no seu objeto social que venha a desqualificá-la como entidade beneficente de assistência Social.

Outra determinação constante na Seção X da Lei em comento, que obriga ao cumprimento da destinação dada, no mínimo de 60%, à execução de tarefas e atividades no âmbito da atenção e assistência à saúde, emana do art. 8º, que profere que ainda que não seja do interesse do Gestor local do SUS o percentual referido de prestação de serviços de saúde por parte da entidade, por não entender, assim, necessário, ao verificar a sua rede de atendimento, a entidade compromete-se a comprovar que a aplicação do percentual de sua receita esteja sendo aplicado na área da saúde, em parâmetros designado nos incisos I, II, III do mesmo artigo, relativos aos percentuais prestados em termos de serviços de saúde. Não obstante, o § 2º determina a vinculação necessária da receita aplicada diretamente recebida em decorrência da prestação dos serviços gratuitos de saúde. O art. 10, por sua vez, vem a reforçar tal entendimento, quando dispõe que “Em hipótese alguma será admitida como aplicação em gratuidade a eventual diferença entre os valores pagos pelo SUS e os preços praticados pela entidade ou pelo mercado.” Desse modo, **a Lei vincula a entidade tanto no que tange ao percentual mínimo de serviços de saúde a serem ofertados gratuitamente por esta, sobretudo no atendimento de âmbito ambulatorial, quanto o atinente ao percentual de receita aplicada pela mesma com relação ao que fora efetivamente exercido em termos de prestação de serviços de saúde gratuitos, sobretudo, no âmbito do SUS, em nítido caráter de complementaridade.**

O art. 11 diz respeito à possibilidade de entidades de saúde de reconhecida excelência de realizar projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS, por meio de acordos com a União, medida a qual substitui as exigências descritas no Art. 4º para a certificação das entidades. Nesse viés, serão reconhecidas como entidades de excelência aquelas que atenderem aos requisitos técnicos estipulados pelo Ministério da Saúde, no âmbito de suas

atribuições concernentes aos projetos de apoio<sup>176</sup>. Ademais, o mesmo § 4º institui que essas mesmas **entidades de excelência podem complementar a prestação de serviços de saúde ambulatoriais e hospitalares na seara do SUS, sem direito à remuneração, por pacto com gestor local do SUS**, medida que confere a oportunidade ao Gestor do SUS de ver o aumento da eficiência e eficácia institucional, organizacional, informacional e prestacional do SUS, na mesma medida em que assegura o benefício da isenção da contribuição social à entidade privada, porquanto determina que a complementação não poderá ultrapassar 30% (trinta por cento) do valor usufruído com a isenção das contribuições sociais. Para tanto, serão necessários, por parte da entidade privada, a apresentação do plano de trabalho com previsão de atendimento e detalhamento de custos, os quais não poderão exceder o valor por ela efetivamente despendido.

Por fim, o inciso IV do mesmo artigo profere que “ as entidades conveniadas deverão informar a produção na forma estabelecida pelo Ministério da Saúde, com observação de não geração de créditos.”.

Ou seja, o que se extrai dos dispositivos da Lei nº 12.101/09, cuja observância é imposta pelo art. 5º, parágrafo único, da Portaria 1.034/10 do MS é que a certificação de uma entidade sem fins lucrativos para atender como entidade beneficente no âmbito da saúde pública constitui meio hábil a coibir a destinação ilegal de recursos públicos, incorrendo em desvio de finalidade, bem como de garantir, por meio de incisivo processo de controle, avaliação e fiscalização, que as entidades privadas que se submetem a tal, são detentoras de interesses recíprocos aos da Administração, bem como atuam efetivamente para concretizá-los, no âmbito da prestação de serviços de saúde. Ademais, constata-se que a entidade privada, ora designada a consignar um projeto de apoio, ora reclamada para atuar na complementaridade da prestação dos serviços de saúde no âmbito do SUS, quando não, em ambos, não se empenha lucrativamente, mas **reinsere o recurso que obtém pela vantagem proveniente do ajuste com o Poder Público no próprio âmbito da saúde pública**, seja por meio de estudos e inovações tecnológicas, operacionais, avaliativas, informativas, que visam a

---

<sup>176</sup> Estas podem consistir, alternativamente, em estudos de avaliação e incorporação de tecnologias, capacitação de recursos humanos, pesquisas de interesse público em saúde, ou desenvolvimento de técnicas e operação de gestão em serviços de saúde. Segundo dicção do § 2º do mesmo artigo, pode-se inferir que o benefício auferido pela entidade consistirá na isenção das contribuições sociais, espécie de tributo pertinente ao âmbito do Orçamento da Seguridade Social, sendo que o recurso por ela despendido quando da execução do projeto de apoio não poderá ser inferior àquelas.

e elevar substancialmente a qualidade, eficiência e eficácia, tanto da gestão do Sistema, quanto da atenção à saúde, subministrada em seu âmbito.

Em não atendendo aos requisitos colacionados, tanto no que tange ao supedâneo da normativa da Lei nº 8.666/93, quanto à Lei 12. 101/09, no que concerne à saúde, a Portaria 1.034/10 MS apresenta expressa impossibilidade das entidades sem fins lucrativos optarem por convênio como meio de ajuste com a Administração Pública, restando, a essas, a possibilidade de concorrer, em posição de igualdade, com as entidades privadas com fins lucrativos, fator que encerra debate controvertido de opiniões divergentes acerca da participação da entidade privada sem fim lucrativo na Saúde Complementar, bem como qual o instrumento e o regime a que se deve proceder para tanto.

### 5.3 PORTARIA 1.034/10: CONTRATAÇÃO COM ENTIDADES PRIVADAS COM FINS LUCRATIVOS NO ÂMBITO DA SAÚDE COMPLEMENTAR.

- a) Há uma diferença entre recursos públicos cuja natureza é de subvenção e os recursos públicos repassados às entidades privadas cujo viés conclama uma contrapartida do partícipe; os primeiros destinam-se a cobrir despesas de custeio operacional<sup>177</sup> das entidades com fins lucrativos, tais como aluguel, folha de pagamentos, conservação dos bens, instalações, enquanto os segundos serão destinados à execução de um plano de trabalho específico constante no objeto do convênio, o qual constitui objeto comum dos partícipes do ajuste. Nesse sentido, veda-se a subvenção às entidades privadas com fins lucrativos partícipes do ajuste.<sup>178</sup>
- b) Dado o caráter público e social do serviço de saúde, aliado ao caráter de relevância pública, que implica a presença de regulamentação específica e minudente por tratar-

---

<sup>177</sup>Lei nº 4.320/64, Art. 12, § 3º: “Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: (...) § 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril”.

<sup>178</sup> Nesse sentido, a vedação visa, inclusive a preservar e respeitar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, haja vista que uma entidade privada de finalidade lucrativa que recebe subvenção do Estado encontrar-se-á em posição de vantagem perante as demais, no regime de mercado, não por mérito próprio, mas por haver ingerência administrativa em favor desta.

se de direito fundamental, que deve ser disponibilizado a todos pelo princípio da universalidade, não se pode cogitar de que o Estado transfira o serviço social de saúde, submetendo-o aos desígnios lucrativos de uma entidade, sem que esta tenha a diligência própria de manter o serviço qualitativa e quantitativamente em conformidade com os princípios e diretrizes do SUS.

- c) A constatação de que o Estado burocrático encontra-se em estágio de inaptidão para financiar e prover os serviços de saúde de maneira adequada e com elevado grau de qualidade aos usuários do sistema público de saúde constitui pressuposto fundamental para que a permissão de transferência de parte dos serviços, ou para que se proceda à atuação conjunta daquele com o particular a fim de proporcionar o serviço mais adequado à população e que concretize ampla cobertura de assistência à saúde a fim de abranger o contingente que a ela venha a recorrer.
- d) Para tanto, recorrer-se-á preferencialmente, e somente quando restar comprovada a insuficiência da prestação direta de serviços de saúde pela Administração Pública, às entidades privadas sem fins lucrativos, que guardem no bojo do seu objeto social, presente no ato constitutivo da instituição, atividades de interesse público.
- e) Diante de circunstâncias específicas em que se faz premente a prestação de serviços de saúde por entidade privada, e em face da inviabilidade da contratação de entidades sem fins lucrativos em dado momento, exsurge a possibilidade, à Administração Pública, de contratar com as instituições privadas com fins lucrativos. Nesse trajeto, segue o disposto no art. 6º da Portaria 1.034/10 MS:

Art. 6º Após ter sido dada a devida preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, e ainda persistindo a necessidade de complementação da rede pública de saúde, será permitido ao ente público recorrer à iniciativa privada, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 1993.

Vale ressaltar que a introdução da possibilidade de contratação com entidades privadas com fins lucrativos, em situações específicas, consiste em formalização necessária, haja vista que não há dúvidas de que a informalidade hodierna tem levado à participação privada no SUS sem que haja a celebração de ajuste no âmbito formal, o que permite que diversas irregularidades ocorram no âmbito do SUS, em desatendimento à fiscalização, controle e avaliações que deveriam ser incisivamente empenhadas pelos gestores públicos e órgãos da Administração Pública competentes. Sob esse viés, tem-se que o setor hospitalar é o que mais

abrange a participação privada em sua rede, haja vista a complexidade presente na rede intrincada dos hospitais<sup>179</sup>.

Persiste, então, diante de um cenário fático - o qual não se cogita, mas se constata -, consistente na participação privada no SUS sem a devida formalização, o que pode acarretar irregularidades e até mesmo a descontinuidade na assistência à saúde, fato expressamente vedado na LOSUS pelo princípio da Continuidade.

São elencadas uma série de dificuldades que o SUS, no quadro atual, encontra para a efetivação do direito à saúde, quando da execução de ações de saúde e assistência à saúde, dentre elas:

Dificuldade de contratação para incorporar ou repor recursos humanos com agilidade conforme as especificidades de cada área, a exemplo dos serviços de urgência e emergência; a dificuldade do gestor público em esquadrihar as necessidades de saúde, a fim de que possa implementar e alocar mais ações e serviços de saúde em área específica do SUS que não esteja sendo efetivamente atendida; falta de capacidade de gerência dos hospitais públicos, com dificuldade de adotar mecanismos eficientes e resolutivos para qualificar o cuidado e monitorar o resultado; problema de financiamento em decorrência da remuneração por produção de serviços, e não por orçamento global, de modo que o prestador de serviços acaba por privilegiar a quantidade de serviços prestados, para fins de prestação de contas ao gestor público, em detrimento da qualidade e eficiência da prestação desses serviços; a falta de racionalização interna, que leva a desperdícios evitáveis; dificuldade de incorporar no cotidiano das unidades de saúde as tecnologias e políticas de medicamentos; a baixa produtividade pela ausência de metas específicas e de fiscalização sobre a atuação do SUS em cada unidade; dificuldade de investimentos em equipamentos médico-hospitalares; desmotivação dos trabalhadores em razão da ausência de mecanismos de estímulo para a maior produtividade direcionada à prestação de serviços de qualidade; problemas com o registro da produção de serviços; falta de flexibilidade administrativa para a gestão orçamentária/financeira, de recursos humanos e processos de compras.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> POMPEU, João Cláudio Basso. **A Situação Contratual da Rede Hospitalar Privada Vinculada ao SUS: alguns elementos para reflexão**. 2004. 183 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão de Sistemas e Serviços da Saúde) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Mato Grosso do Sul, 2004.

<sup>180</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). **Gestão e Financiamento do Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2008. Disponível em: <[http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd\\_14.pdf](http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd_14.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2013.



Desse modo, as dificuldades que se apresentam no dia-a-dia do atendimento e da gestão no SUS, das unidades públicas em diversas localidades, esbarram nos princípios e diretrizes impostos pela LOS, tornando-a um documento legislativo de pouca expressão quando se trata da efetiva concretização dos seus dizeres, podendo – se até dizer, no que concerne a alguns dispositivos, aparentemente uma legislação de conteúdo utópico. Ocorre que existem mecanismos que podem vir a efetivar a LOS nos seus princípios e diretrizes a fim de sanar ou, ao menos, reduzir as dificuldades supramencionadas. Assim, quando se exaure a possibilidade da contratação de entidades privadas sem fins lucrativos para atuarem no âmbito do SUS, permite-se sejam efetuadas contratações com as entidades privadas com fins lucrativos.

Cogita-se de sua atuação, sobretudo pela insuficiência dos recursos orçamentários do SUS, bem como da ineficiência em razão da burocratização, irresolubilidade e falta de racionalização técnica-operacional-financeira presentes nas unidades públicas de saúde, razão pela qual, sem embargos de houver sido dada preferência às entidades sem fins lucrativos, o gestor público não pode se eximir da contratação com as entidades privadas com fins lucrativos, sobretudo quanto à necessidade de atender a situações de urgência e calamidade pública, em que o processo de seleção e preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos não encontraria espaço diante da premência da circunstância e da indisponibilidade do poder público com relação à garantia dos serviços e ações de saúde à população; também no que tange às unidades públicas de saúde presentes em localidades em que a gestão do SUS pelo Poder Público encontra-se precária, sobretudo quando se trata de localidades isoladas ou de difícil acesso, em que os recursos financeiros não são empenhados com a devida aplicação, o planejamento é inócuo, ínfimo ou inexistente, a tecnologia de insumos e equipamentos é baixa ou inexistente e, também, em que falte recursos humanos pelo desinteresse e pela desmotivação dos profissionais de saúde capacitados, faz-se imprescindível, diante da impossibilidade de se contratar com entidades sem fins lucrativos, a contratação de entidades privadas com fins lucrativos para atender aos anseios da população no que tange à saúde, bem como para buscar instituir uma rede de serviços com diferentes níveis de complexidade e hierarquia, atendendo ao sistema de referência e contra-referência para instituir ligações com as demais unidades públicas de saúde da região.

Ademais, não há que se falar em ilegalidade da atuação das entidades privadas com fins lucrativos quando esta se apresente imperiosa, porquanto o preço dos serviços de saúde já fora estabelecido pela Tabela SUS, em âmbito federal – Ministério da Saúde - sem embargos

da possibilidade conferida aos gestores estaduais e municipais de poderem complementar tal preço, desde que o faça com recursos próprios.

Outrossim, a atuação da entidade privada que seja dotada de recursos de informação, registro, sistemas de referência, recursos humanos qualificados, tecnologia, permite, além do aumento do índice quantitativo de atendimento na saúde pública, que o prestador obtenha informações relevantes para serem aplicadas quando da execução das suas tarefas, como o conhecimento das reais necessidades em saúde, de modo que os serviços comprados pela administração sejam adequados aos fins a que se presta, inviabilizando o desperdício de recursos.

Destarte, o contrato constitui instrumento de importância substancial para a definição de parâmetros ou indicadores de cumprimento das cláusulas contratuais, sendo que o Ministério da Saúde advoga que os prestadores deverão perseguir indicadores de qualidade e de humanização de seu atendimento. Vislumbra-se, portanto, que o atendimento a metas previamente estabelecidas, bem como a fiscalização efetiva pelo Poder Público quanto ao cumprimento destas, retiram o óbice da contratação pelo gestor local do SUS com as entidades privadas com fins lucrativos, quando esta seja necessária. Ademais, busca-se, com a contratação, não somente a compra de serviços isolados, mas a constituição de uma rede hierarquizada e organizada consoante os princípios e diretrizes do SUS, de modo a conferir efetividade no atendimento aos usuários, redução de filas de espera, inoccorrência da descontinuidade do atendimento, concretização efetiva dos sistemas de referência e contra-referência que fazem do SUS um Sistema integralizado, bem como conferir flexibilidade aos prestadores para garantir a resolubilidade dos casos que se lhes apresentam na esfera da saúde do usuário.

## **CAPÍTULO 6 - ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – MODELO DE AJUSTE ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULAR NO ANO DE 1998**

### **6.1 CONTEXTUALIZAÇÃO – O TERCEIRO SETOR**

As Organizações Sociais são entidades cuja existência está prevista em Lei – Lei nº 9.637/98 – e inserem-se no denominado Terceiro Setor. O Terceiro Setor é qualificado por abranger, no seu seio, as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujas atividades destinam-se a promoção de alguns interesses públicos. Esse Setor situa-se entre o Primeiro e o Segundo setor, posições ocupadas, respectivamente, pelo Estado e pelas empresas privadas (pessoas jurídicas privadas com finalidade lucrativa) do livre mercado. De forma precisa, Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua o Terceiro Setor:

Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados.<sup>181</sup>

Destarte, o Terceiro Setor fora concebido recentemente na história do Brasil, nas últimas décadas do século XX, como parte da Reforma do Estado, com vistas à desburocratização do Estado, à redução do aparelhamento estatal, e à eficiência na consecução das finalidades de interesse público, substituindo, em parte, o Estado do bem-estar social, pelo Estado de fomento, gerencial. Neste, fora extirpada a ideia de que o Estado tem de prover todos os serviços e utilidades de interesse público de forma direta, imediata e exclusiva, dando lugar ao posicionamento de entidades que pudessem e tivessem interesse em suportar, quanto à execução e implementação, determinados serviços de interesse público, trazendo à tona a atuação mais eloquente da sociedade civil, carregada pelas próprias necessidades.

Dessa forma, o Terceiro Setor fora concebido com vistas a garantir uma maior flexibilidade na execução e disponibilização de utilidades de interesse público, para que se efetivassem de forma mais eficiente e mais próximo aos anseios da população a que visa a atender, com incidência do controle do Estado, sem transpassar ao setor privado de cunho lucrativo tais incumbências, modificando substancialmente o modelo já estabelecido de terceirização dos serviços públicos. Sobre o Terceiro Setor, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro profere:

(...) as entidades do Terceiro Setor deverão se relacionar com o Poder Público sob dois aspectos distintos, mas consequentes entre si, quais sejam: a

---

<sup>181</sup> MELLO, 2009, op. cit., p. 224.

colaboração na implementação das políticas públicas e o controle decorrente desta colaboração.<sup>182</sup>

Encontram-se, portanto, instituições criadas e regidas à luz do direito privado, sem fins lucrativos, atuante em campo próprio do interesse público, a serviço e pela própria sociedade civil, razão pela são designadas sob a alcunha de entidades públicas não-estatais.

Destarte, o Terceiro Setor atua consoante o Princípio da Subsidiariedade, cuja raiz remonta à Encíclica *Quadragesimo Anno*, da Igreja Católica. Esse princípio propaga que, sempre em vista do bem comum, deve-se priorizar a atuação local, em menor escala, em face da atuação global, Estatal, em maior escala, para a defesa e constituição dos respectivos interesses. Considera, assim, que uma coletividade agrupada em um determinado local, deve ser mantida com autonomia suficiente para perseguir os próprios interesses de seus integrantes, sem uma intervenção direta e coercitiva de uma entidade superior, de proporções maiores, a menos que esta coletividade não esteja apta a fazê-lo de forma eficaz por seus próprios meios – quando, então, pode e deve agir a entidade de ordem superior, mediante apoio e exercício coordenado de ações.

Nessa ordem de ideias, o princípio da Subsidiariedade emana sobre o Terceiro Setor na medida em que este, formado pela sociedade civil, atua em atividades de interesse público, em determinadas localidades, onde se encontram as entidades que o copõem e, havendo necessidade de suporte de uma estrutura organizacional e gerencial de maior amplitude, obtêm, junto ao Estado, os recursos necessários ao alcance de seus objetivos institucionais.

Isso se deve ao fato de que as entidades do terceiro setor caracterizam-se pela finalidade não lucrativa, fato que, à primeira vista, viabilizaria a inserção dessas entidades na dianteira da execução de serviços sociais, como os serviços de saúde, deveres do Estado, sem retirar-lhes seu caráter público, universal e gratuito, conforme concebidos pela Constituição Federal de 1988. Ao Estado interessa que ocorra a execução desses serviços e atividades, por outra estrutura organizacional plenamente capacitada para atender a essas demandas, quando já não encontra no seio da sua Administração, e da sua estrutura pública interna – incluindo entidades públicas desconcentradas e descentralizadas – recursos, de diversas ordens, necessários a garantir a disponibilização de tais atividades, de sua incumbência, com a eficiência e presteza que a natureza daquelas demanda.

---

<sup>182</sup> CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. O sistema de controle interno e as entidades do Terceiro Setor: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (Coord.). **Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 167.

Nesse ponto, interessa à Administração exercer uma das atividades que lhe são próprias, qual seja, a atividade de fomento a outras instituições, sem fins lucrativos, que já se encontram inseridas no ramo de demanda social. Por meio do fomento, o Estado atuaria de forma a, não somente manter a funcionalidade da máquina estatal, evitando sua expansão desordenada, mas também incentivando e promovendo a ação da sociedade civil na área de interesse social em questão, de forma consensual e negocial.

A atividade de fomento do Estado, portanto, é facultativa, de modo que ao Estado não é imposto o dever de fomentar atividades de outras instituições, mas isso é feito conforme a necessidade da Administração frente à demanda pela prestação e execução dos serviços públicos em prol da coletividade. Logo, o Estado atua na sua margem de discricionariedade, por averiguação da conveniência e oportunidade do fomento naquela dada esfera.

Por se tratar de uma atividade típica da Administração, deve observar os princípios da Administração Pública, tais como razoabilidade e proporcionalidade, que encerram a análise da necessidade e adequação da efetivação do fomento; a supremacia do interesse público; a continuidade do serviço público; a eficiência; a publicidade; legalidade, de forma que compete ao Estado somente exercer o fomento a determinadas atividades, quando previsto em Lei e nos seus estritos limites (como o detalhamento das limitações quantitativas e qualitativas de subsídios, qual a atividade escopo do fomento, o prazo das medidas de fomento); a impessoalidade, garantindo-se a isonomia e, por conseguinte, a concorrência salutar das entidades atuantes nas atividades de determinado setor, conforme a que se mostre melhor qualificada para tanto, dentre outros.

Ademais, o fomento é caracterizado pelo compartilhamento de riscos entre Estado e entidade do terceiro setor, de modo a não sobrecarregar o Poder Público com encargos que dizem respeito a ambos os agentes. Isso porque, precipuamente, e na forma como originalmente concebida a atividade de fomento, o subsídio estatal não visa a cobrir os custos e recursos da entidade sem fim lucrativo, mas tão somente suplementar as suas necessidades, consoante o princípio da Subsidiariedade, naquilo que não comporta, integralmente, a estrutura e recurso da entidade fomentada.

## 6.2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

No Plano Diretor da Reforma do Estado, as Organizações Sociais (OS) foram concebidas para darem vazão aos serviços públicos não – exclusivos - um dos quatro grupos que aloca funções do Estado, previstos pelo Plano -, cuja prestação é livre ao particular, e dever do Estado, simultaneamente. Dentre os serviços públicos não-exclusivos conferidos às OS, previstos no rol do artigo 1º da Lei das OS (Lei nº 9.637/98)<sup>183</sup>, encontram-se os relacionados à saúde. A essa gama de serviços, é dado corresponder, no âmbito do Terceiro Setor, a propriedade pública não-estatal<sup>184</sup>, onde esteia-se o Programa Nacional de Publicização, previsto no artigo 20 da mesma Lei. O instrumento da publicização, próprio do Programa Nacional de Publicização, vai além da lógica do fomento - da forma como originariamente concebido - que, regido pela subsidiaridade, apenas suplementaria com recursos a entidade sem fins lucrativos. Por meio da publicização, a entidade sem fins lucrativos, após o processo que a qualifica como Organização Social, absorve todos os bens e serviços de titularidade estatal, que pertenciam a uma entidade pública estatal, de modo que esta resta extinta a partir da transferência de todos os seus recursos para a OS.

Dessa forma, existem duas formas pelas quais as OS se fazem atuar, enquanto entidade do Terceiro Setor de interesse social e utilidade pública<sup>185</sup>: a) pela absorção dos meios, recursos, bens, serviços e pessoal de entidade da Administração Pública extinta, (v.g fundação pública) que atuava no setor de determinado serviço de relevância social<sup>186</sup>; b) pelo fomento, propriamente dito, delineado pelo Princípio da Subsidiaridade, quando o Poder Público fornece alguns recursos previstos no contrato de gestão, em adição ao que já detém a entidade, para que ela continue a exercer as atividades socialmente relevantes, previstas no seu ato constitutivo (em conformidade com os princípios administrativos da continuidade, eficiência, universalidade), sem que para tanto seja extinta outra entidade estatal de mesma finalidade, mediante transferência total dos recursos<sup>187</sup>. O fomento, conforme previsão legal

---

<sup>183</sup> 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.

<sup>184</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 100.

<sup>185</sup> Lei nº 9.637/98, art. 11: As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

<sup>186</sup> Acerca dessa opção, Maria Sylvia Z. Di Pietro explica: “A intenção do Governo é a de transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades antes desempenhadas por órgãos públicos. Só que a entidade prestará o mesmo serviço, não mais como serviço público (daí excluir-se a ideia de descentralização) e sim como atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração de contrato de gestão” (DI PIETRO, 2009, op. cit., p. 265).

<sup>187</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, op. cit., p. 102

(Lei das OS), pode se dar sob a forma de dotação orçamentária (Art. 12, § 1º), destinação de bens públicos, mediante permissão de uso (Art. 12, §3º e Art. 13), e cessão especial de servidor público (Art. 14).

A justificativa para a existência e legitimidade da transferência de recursos de entidade extinta do Poder Público também se alicerça na credibilidade de maior eficiência na prestação de serviços de relevância social, conferida a entidades outras não desconcentradas/descentralizadas da Administração Pública, na política de evitar a expansão da máquina estatal, bem como pelo controle da sociedade sobre esses serviços e sua execução.

O instrumento jurídico que possibilita os supracitados ajustes é o chamado contrato de gestão. Dessa forma, para se aperfeiçoar a publicização e atuação das OS nos setores a ela conferidos, são necessários dois atos: o reconhecimento e qualificação da entidade, pelo Poder Público, como uma OS e a realização do contrato de gestão entre a OS e o Poder Público.

Para ser qualificada como OS, a entidade sem fins lucrativos têm de atender a determinados requisitos estabelecidos em Lei. Dentre eles, o de atuar no ramo de serviços de relevância pública que estão previstos, exhaustivamente, no artigo 1º da referida Lei. A entidade deve ter personalidade jurídica de direito privado e sua finalidade deve ser, obrigatoriamente, não-lucrativa, sendo que, para determinados serviços pode ser cobrado um preço para sua prestação desde que o lucro decorrente deste não seja repassado aos associados da entidade, mas tão somente reinvestida nas próprias atividades da entidade. Pela conjugação dessas duas características, depreende-se que a entidade deve ser formalizada, portanto, ou como associação ou como fundação privada. Vale a ressalva de que, nos serviços de saúde, a hipótese levantada acerca da eventual cobrança pelos serviços frente aos usuários não se aplica ao serviço de saúde prestado pelas OS, já que esta atuará no âmbito da saúde complementar, prestando serviço de saúde pública e, portanto, deve obedecer aos princípios e diretrizes do SUS, sobretudo ao da gratuidade.

Outra exigência da Lei para a qualificação em OS é a de que a entidade deve constituir um Conselho Administrativo, que funcionará como órgão de deliberação interna e contará com a participação dos membros do Poder Público, por escolha deste, e membros da Sociedade Civil<sup>188</sup>. Ao Conselho de Administração caberá, dentre outras atribuições para

---

<sup>188</sup> Lei 9.637/98, Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos: I - ser composto por: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos

estruturação e regulação interna, fixar o âmbito de atuação da OS, aprovar a proposta do contrato de gestão, aprovar o orçamento e programa de investimentos<sup>189</sup>. Também impõe-se a existência de uma diretoria, onde se elaborará os relatórios gerenciais e de atividades da entidade<sup>190</sup>.

Para atingir a qualificação de OS, por fim, esta deve passar por um processo de aprovação, cujo critério legal consiste na análise da conveniência e oportunidade da OS, realizada pelo Ministro Titular de Órgão Supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social – no caso da saúde, o Ministério da Saúde - e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (este recebeu a atribuição após extinto o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, extinto<sup>191</sup>). Tal critério é bastante criticado por juristas por envolver processo discricionário na escolha da entidade mais qualificada para constituir uma OS, sem exigência de licitação ou mecanismo similar apto a assegurar a isonomia entre as entidades solicitantes, no processo de escolha da entidade capacitada para ser qualificada. Outrossim, critica-se o referido critério por envolver apenas o Titular do Ministério correspondente à área de atuação e ao Ministro do Orçamento, Gestão e Planejamento, centralizando, dessa forma, uma decisão de caráter relevante sobretudo para garantir a isonomia entre as entidades que pretendem se tornar beneficiárias do Poder Público.

representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto; c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

<sup>189</sup> Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto; II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade; III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos; IV - designar e dispensar os membros da diretoria; V - fixar a remuneração dos membros da diretoria; VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros; VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências; VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade; IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria; X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

<sup>190</sup> Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: (...) 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; e Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: (...) IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, **os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;** [*grifos nossos*]

<sup>191</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, op. cit., p. 120.



Não há nenhum critério objetivo e vinculante em Lei capaz de assegurar que, realmente está se escolhendo uma entidade mais qualificada para assumir os serviços de relevância social mediante fomento e absorção dos recursos públicos. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello é incisivo acerca do tema, quando profere:

Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie.<sup>192</sup>

A segunda etapa para que a entidade sem fins lucrativos passe a receber os recursos públicos mediante transferência pelo Poder Público, é a realização do ajuste mediante contrato de gestão. Esse instrumento está previsto na Seção III da Lei das OS como único instrumento utilizado para formalizar o ajuste entre Administração Pública e OS e é meio necessário para legitimar a transferência de recursos a entidades públicas não-estatais, sem a exigência de licitação. Portanto, é nele que se imprimem os mecanismos de controle e fiscalização, como a obrigatoriedade de publicar relatório financeiro e de execução no Diário Oficial, onde se estabelecem o programa de trabalho com a especificação de formas de atuar, metas qualitativas e quantitativas, prazos, formas de fomento. Ressalte-se a imposição da observância aos princípios administrativos (art. 7º da Lei nº 9.837/98), preceito que revela a emanção do regime jurídico de direito público sobre o ajuste firmado por meio do contrato de gestão, em que pese a entidade qualificada como OS ser de regime jurídico privado.

### 6.3 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA SAÚDE PÚBLICA – SAÚDE COMPLEMENTAR

Pois bem, o contrato de gestão revelou-se como mais uma forma de ajuste entre Estado e particular na Saúde Complementar, para a implementação e execução dos serviços públicos de saúde. A partir das OS e dos contratos de gestão, desenvolveu-se a transferência de aparato financeiro material a uma entidade que já, de antemão, se mostrasse atuante no setor e sem finalidade lucrativa, apta a desempenhar o papel de agente da saúde pública, composto por membros do Poder Público e da Sociedade Civil, com elevada autonomia gerencial e amplo controle pelo Estado. Sua incidência aos serviços públicos de saúde

---

<sup>192</sup> MELLO, 2009, op. cit., p. 239.

encontra-se expressamente elaborada nos artigos 1º, quando delimita o rol de serviços de relevância pública capazes de serem exercidos pela OS, e no artigo 18, dispositivo de suma relevância para delinear os moldes em que se farão o contrato de gestão envolvendo os serviços de saúde. Sem dar margem a dúvidas, o artigo 18 expressamente dispõe que quando da transferência do aparato total de uma entidade estatal de saúde, e sua conseguinte extinção, para uma OS, deve observar, no contrato de gestão os princípios do SUS, *in verbis*:

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.

Destarte, notam-se nos contratos de gestão cujo objeto consiste na ação e serviços de saúde, os contornos da Saúde Complementar, formalizado pela forma adotada quanto ao Terceiro Setor, mais especificamente, quanto as OS: o contrato de gestão. A par de tudo quanto exposto neste Capítulo, integralmente aplicável à transferência da execução e gestão de serviços de saúde, Fernando Borges Mânica revela considerar que o artigo 5º da Lei das OS deixa implícito que o contrato de gestão pode ser utilizado tanto para a atividade administrativa de fomento, quando dispõe “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento”, quanto para a delegação de serviços públicos quando completa “e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º<sup>193</sup>”.

Assim, no segundo espécime admitido pelo contrato de gestão, quando a execução das atividades, de relevância pública, são executadas e geridas por organizações sociais, deve-se levar em conta que não estão exercendo-as sob o manto do regime privado (caso em que se trataria do outro espécime, o fomento), mas sim, no âmbito do direito público, razão pela qual se insere, no caso da saúde, na Saúde Complementar. Dessa forma, impende-se notar que o

---

<sup>193</sup> Quando Mânica reconhece que, por este contrato, a publicização se identifica com uma concessão de serviço público, uma delegação de serviço público, tal figura jurídica passa a conflitar com a impossibilidade que o ordenamento jurídico prevê quanto à concessão dos serviços sociais. A corroborar essa tese, Maria S. Z. Di Pietro, em tópico destinado à Terceirização na área da saúde, profere: “Conforme assinalado, a descentralização por colaboração, mediante concessão ou permissão é inadequada para esse tipo de atividade, uma vez que, em ambas as modalidades, os concessionários e permissionários são remunerados, não pelo poder concedente, mas pelos usuários do serviços; sendo a saúde prestada gratuitamente, não há como utilizar esses institutos.” (DI PIETRO, 2009, op. cit., p. 226).

serviço permanece público e, portanto, a responsabilidade pela sua prestação e disponibilização deve ser do Estado<sup>194</sup>.

Em que pese a permissão, pelo artigo 1º e 18 da Lei das OS, à que a Administração Pública firme contrato de gestão com Organizações Sociais que se prestem a execução de atividades de saúde, sob o manto do regime jurídico público que emana sobre o SUS, e a natureza administrativa do contrato de gestão, há de se pontuar que os principais diplomas normativos que regem a saúde pública no Brasil não fazem previsão expressa do contrato de gestão como instrumento hábil a formalizar o ajuste na Saúde Complementar. Nesse sentido, tanto a Constituição Federal, como a Lei Orgânica do SUS e a Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde não fazem remissão, em nenhum dos seus dispositivos acerca da Saúde Complementar, à celebração do ajuste por meio do contrato de gestão. De forma unânime, quando determinam que, quando da formação do ajuste do Poder Público com o particular, seja dada preferência às entidades sem fins lucrativos, mencionam expressamente que esse ajuste seja feito por convênio ou contrato de direito público.

A portaria 1.034/10 do MS é o texto normativo que detalha de forma mais minuciosa os instrumentos jurídicos do ajuste no âmbito da Saúde Pública e os parâmetros a serem seguidos em sua utilização no seu artigo 3º. Destarte, quando menciona no artigo 3º, II, que serão utilizados os contratos administrativos, minudencia que tal será utilizado quando o objeto do ajuste for a compra de serviços públicos. Sob essa dicção, não se poderia afirmar que estaria abrangendo, também, o contrato de gestão, haja vista que por este, o Poder Público ou exerce uma atividade de fomento (que não configura compra, mas um auxílio de estímulo à execução de determinada atividade de seu interesse) ou transfere os seus recursos e aparatos, bem como parte da gestão dos serviços<sup>195</sup>, para que se dê continuidade à prestação dos serviços de saúde pela própria OS. Também não se enquadra, o contrato de gestão, no instrumento jurídico denominado convênio, o qual tem regulação e incidência prevista em Lei própria<sup>196</sup>. Resta, como se vê, um vácuo normativo quanto à possibilidade de contrato de gestão pelo diploma jurídico, de maior especialidade, que regula com maior proximidade o instituto da Saúde Complementar.

---

<sup>194</sup> MÂNICA, op. cit., p. 257.

<sup>195</sup> Quanto à gestão, diz-se que a Administração Pública transfere apenas parte da gestão à entidade não-estatal porquanto no âmbito dos seus gestores encontram-se pessoas do Poder Público, como quando compõem o Conselho de Administração.

<sup>196</sup> Art. 116 da Lei 8.666/93.

Ainda sob esse prisma, Alexandre Santos Aragão entende que o contrato de gestão não configura um contrato administrativo<sup>197</sup>, mas um instrumento de ajuste de colaboração, consoante profere:

<sup>198</sup>A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo.

Por outro lado, Celso Antonio Bandeira de Mello considera que o contrato de gestão se enquadraria, *a priori*, no gênero do contrato administrativo, com a ressalva de que na lacuna da Lei das OS não se estabeleceu exigência alguma no sentido de a Administração Pública realizar licitação para contratação, conforme se depreende do seguinte trecho de sua obra “Curso de Direito Administrativo”:

Seriam, pois, em princípio, pura e simplesmente “contratos administrativos”, figura jurídica perfeitamente conhecida. (...) Todo questionamento que possa caber – e cabe, diga-se, desde já – não diz respeito à viabilidade de um contrato entre Estado e um terceiro, mas a alguma particularidade de disciplina que se lhe queira outorgar. No caso, o tema se propõe porque a lei disciplinadora das “organizações sociais” pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos.<sup>199</sup>

A par da permissão Constitucional e legal no que tange à complementaridade dos serviços de saúde pela iniciativa privada, no que envolve a iniciativa privada com sem fins lucrativos, o que se nota, por parte de muitos juristas, é a preocupação na incidência de eventual inconstitucionalidade por parte da Administração Pública com a possibilidade de se ver terceirizar amplamente os serviços sociais, sobretudo os de saúde. Propagam que tal situação estaria se desviando do mandamento Constitucional que rege que a saúde é dever do

---

<sup>197</sup> Também parece ser esse o entendimento de Gustavo Justino de Oliveira, pelo trecho que se transcreve: “Ora, parece que no procedimento de estruturação do ajuste em tela, para que o mesmo possa configurar um autêntico *acordo administrativo colaborativo*, embora se reserve esse direito de elaboração de cláusulas às autoridades públicas, a versão final do instrumento há de ser aprovada por ambas as partes, notadamente em atenção ao que estipula o *caput* do art. 6º” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As Organizações Sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 19.)

<sup>198</sup> ARAGÃO, 2013, op. cit., p. 712.

<sup>199</sup> MELLO, 2009, op. cit., p. 235.

Estado e do valor contido no ordenamento jurídico pátrio que se expressa no sentido de que o Estado é o responsável pela prestação desses serviços e que, portanto, deveria ter um aparato próprio no sentido de provê-los, independentemente da participação privada.

Nesse sentido, profere Tarso Cabral Violin:

Entendemos que o Estado tem um papel importante na execução direta de serviços sociais como educação, saúde, assistência social, etc. É permitido que a iniciativa privada preste estes serviços, que serão fiscalizados e em alguns momentos autorizados pelo Poder Público, mas é obrigatório que o Estado tenha o seu aparelhamento pela prestação direta dos serviços sociais.<sup>200</sup>

Outrossim, Celso Antonio Bandeira de Mello é partidário de que o ajuste para a transferência dos serviços sociais estabelecidos na ordem constitucional é, por esta, vedado:

(...) cumpre tomar tento para o fato de que no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é “dever do Estado” e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais.<sup>201</sup> (...) Não pode eximir-se de desempenhá-los motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de “adjudicá-los” a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.<sup>202</sup>

Nessa senda, posiciona-se Maria Tereza Fonseca Dias, quando aborda a problemática da Lei das OS e sua implementação sob a luz do Programa de Publicização, convergindo com os demais autores que receiam pela terceirização de serviços sociais de incumbência Estatal conferida Pela Constituição Federal de 1988, enfatizando os serviços relacionados à saúde, conforme expressa:

---

<sup>200</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 309.

<sup>201</sup> Nota-se que, neste trecho, Bandeira de Mello toma por objeto o contrato de gestão assumido pelo Estado com as Organizações Sociais envolvendo a transferência dos recursos, com a absorção total destes pelas OS. Não parece, aqui, estar se referindo à ação, também cabível de se empenhar pela via do contrato de gestão, de fomento propriamente ditas, como um auxílio, a título de incentivo a que algumas atividades sejam plenamente desenvolvidas pela iniciativa privada sem fins lucrativos que as elegeu em seu ato constitutivo.

<sup>202</sup> MELLO, 2009, op. cit., p. 240.

O posicionamento da doutrina, refletido nos votos divergentes da ADIN 1.943-1, pressupõe que o Programa de Publicização foi instituído tão-somente para que determinadas atividades ou serviços públicos – antes prestados diretamente pela administração pública – pudessem ser transferidos, de maneira discricionária e sem licitação a entidades privadas sem fins lucrativos, como forma de burla ao regime jurídico administrativo, sobretudo os serviços relacionados à saúde.<sup>203</sup>

Em sentido oposto, Gustavo Justino de Oliveira não considera que a transferência de recursos para as Organizações Sociais, componentes do Terceiro Setor, qualifica-se como uma terceirização, mas como um “realinhamento das funções estatais” pela via de ajuste colaborativo em função de conferir concretude à eficiência administrativa. Em suas palavras:

Sendo assim, a busca do legislador estaria mais voltada para um necessário *realinhamento das funções estatais*, que levariam não à privatização das atividades listadas no art. 1º da Lei Federal nº 9.637/98 (quando estas são desenvolvidas por entidades administrativas), mas à implantação de um novo modelo de gestão dessas atividades, um modelo de colaboração público-privado, desde que se justificasse como sendo o meio mais apto a ensejar a geração de melhores resultados da ação pública (vetor constitucional da eficiência administrativa).<sup>204</sup>

Maria Sylvia Z. Di Pietro ainda menciona que o contrato de gestão firmado com as OS quanto à transferência integral de recursos a estas, pelo Poder Público, caracteriza uma fuga ao regime jurídico de direito público a que está vinculada a Administração Pública, na medida em que uma entidade privada se utiliza de todos os recursos e servidores desta Administração para a execução de uma atividade de incumbência Estatal. Nessa lógica de ideias profere:

Dependendo da extensão que a medida venha a alcançar na prática, o Estado, paulatinamente, deixará de prestar determinados serviços públicos na área social, limitando-se a incentivar a iniciativa privada por meio dessa nova forma de parceria. Em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais, já que é Constituição que prevê os serviços sociais como **dever do Estado** e, portanto, como serviço público<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 200.

<sup>204</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As Organizações Sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 27.

<sup>205</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 267.

Em que pese toda a discussão traçada acerca da constitucionalidade e legalidade da prestação de serviços públicos de saúde pelas OS, via contrato de gestão, há de se ponderar, como previamente exposto, a lacuna exibida na Portaria 1.034/10 do MS, que trata especificamente da Saúde Complementar, quanto à aplicabilidade de tal instituto no âmbito da prestação de serviços de saúde pública por pessoas jurídicas de direito privado, ainda que sem fins lucrativos. É que, consoante já se expôs previamente, o único instrumento aludido pelo diploma, apto a instrumentalizar a parceria entre instituição privada, sem fins lucrativos, e ente público, dirigida pelo interesse comum em prestar serviços assistenciais à saúde, é o convênio, consoante art. 3º, parágrafo único, inciso I do referido texto legal. Sob uma análise mais pragmática, o dispositivo, assim como a Portaria, na sua íntegra, não fazem remissão à denominação Organizações Sociais, ou entidades públicas não – estatais, nem tampouco à Lei das OS.

Faz, sim, a Portaria 1.034/10 do MS, remissão à Lei 12.101/09, no que tange à certificação das entidades beneficentes de assistência social, e dispõe, a referida Lei, em Seção própria destinada à saúde, sobre as metas e parâmetros previamente estabelecidos quanto à atuação da entidade na prestação dos serviços de saúde. Na Lei das OS não se impinge seja observado, no contrato de gestão, as normas constantes da Portaria 1.034/10 do MS, o que revela deveras incompatibilidade da Lei ao sistema estruturado normativamente para reger a Saúde Complementar. A Lei das OS, ainda, não enquadra nenhum dos imperativos qualitativos impostos àqueles que atuarão sob o regime jurídico do SUS, e a seu serviço, como um percentual mínimo obrigatório de oferta de um percentual mínimo de serviços ao SUS. Nesse ponto, Maria Tereza Dias reflete:

(...) não há previsão de o Estado poder exigir, no contrato de gestão com as organizações sociais, contraprestação em termos de certo percentual de serviços gratuitos diretamente ao cidadão, quando cabível. Como as atividades delegadas por intermédio do contrato de gestão podem envolver serviços sociais essenciais, tais como a saúde e educação, o cidadão corre o risco de ficar sem atendimento. O mesmo pode-se dizer do problema do não-alcance da universalidade desses serviços.<sup>206</sup>

Sobre esse ponto, cabe fazer uma explanação. Sabe-se que a natureza jurídica de uma Portaria é a de lei *lato senso*, de hierarquia inferior a uma lei ordinária e que não se submete aos procedimentos legislativos próprios das leis *strictu senso*, como é a Lei 9.637/98.

---

<sup>206</sup> DIAS, op. cit., p. 298.

Entretanto, a Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde veio a regular os dispositivos concernentes à Saúde Complementar de uma Lei ordinária federal, qual seja, a Lei 8.080/90 que regula a saúde pública e o SUS. Aliado a isso, tem-se que as Portarias são atos normativos que detalham a Lei, e aos seus limites encontram-se restritos ao regulá-la. Nesse sentido, é possível corroborar com a tese de que a Portaria, ao detalhar a Lei, não diz nada além do que a *mens legis* busca alcançar, mas tão somente aperfeiçoa o seu sentido e sua finalidade. Desse modo, se outra Lei, *strictu senso*, que versa sobre matéria mais genérica do que a da Lei *strictu senso* que a Portaria regula, contrariar o que a Lei regulada pela Portaria, nos termos dessa regulação, preceitua, poder-se-ia alcançar o sentido de que estaria essa Lei confrontando a outra Lei regulada pela Portaria, nos termos da regulação desta.

Portanto, entende-se, assim, que as determinações contidas na Portaria 1.034/10 do MS estão sendo desviadas por outras normativas de maior generalidade e anterioridade. Isso porque há uma Lei Federal tratando de tema mais genérico que a Portaria, sob determinado aspecto (no caso, o ajuste do ente privado com o Poder Público para atuar na saúde pública sob o regime do SUS), quando esta regula dispositivos de outra Lei Federal, mais específica, no caso, a Lei do SUS; a Lei das OS, fora publicada em 1998, ao passo que a Portaria do Ministério da Saúde para regular os dispositivos da participação complementar presentes na Lei do SUS, fora publicada em 2010, e seus dispositivos não foram impugnados. Sob essa análise, a Lei Federal das OS, mais genérica - porquanto trata de outros temas que não apenas a saúde - quando confronta o estipulado na Portaria em questão que regula<sup>207</sup> a Lei Federal do SUS, acaba por ferir o valor axiológico das normas protetivas da saúde pública, em conformidade com o SUS.

A par de todas as críticas jurídicas ao modelo e a Lei das OS aplicado à saúde, o que parece ocorrer no caso das Organizações Sociais, seus ajustes pelo contrato de gestão e a incidência da Lei nº 9.637/98 é um desconcerto e um desajuste à normativa da Portaria 1.034/10 do MS (que tem, como único foco, abranger toda e qualquer forma de ajuste no âmbito da Saúde Complementar, regulando os dispositivos da Lei do SUS que tratam desse tema) e, por conseguinte, ao conjunto normativo que regula a saúde pública.

---

<sup>207</sup> Nesse sentido, no preâmbulo da Portaria 1.034/10 verifica-se: “Considerando a aplicabilidade aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal das normas gerais da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da legislação complementar, especialmente o que estabelecem **os arts. 17, inciso X, 24 a 26 e 43 da Lei nº 8.080, de 1990;** (...)” [*grifo nosso*]



## **CAPÍTULO 7 - PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – MODELO DE AJUSTE ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULAR NO ANO DE 2004**

### **7.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS - CONTEXTUALIZAÇÃO**

Em linhas gerais, conceitualmente, as Parcerias Público-Privadas (PPP) decorrem de contratos administrativos de concessão em que o parceiro privado faz investimentos em infraestrutura e organização para prestação de um serviço, cuja amortização e remuneração é viabilizada pela cobrança de tarifas dos usuários e de subsídio público (PPP patrocinada), ou é integralmente paga pela Administração Pública (na modalidade de PPP administrativa).

Para regulação da matéria em âmbito nacional, não obstante o fato de que alguns Estados já dispunham de legislação própria a respeito, foi aprovada a Lei Federal n. 11.079 de 30.12.2004, que instituiu o regime jurídico das PPP, Parcerias Público-Privadas, trazendo, em seu bojo, dispositivo de definição legal, em seu art. 2º:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 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 no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Após os traumas decorrentes da quebra da Bolsa de Valores nos Estados Unidos, desenvolve-se, em meados do século XX, a ideia de que o Estado haveria de desempenhar um papel estratégico na promoção do progresso econômico e social.

Durante e após a década de 1980, o Brasil, assim como outros países também, empreendeu esforços no intuito de transferir atividades do setor estatal para o setor privado, por meio de processos de privatização, concessões, permissões e autorizações administrativas.

Com o incremento da redemocratização, a sociedade civil ganha força e argumento, aumentando a cobrança por melhor efetividade dos governos nas realizações de políticas públicas e de prestação dos serviços públicos.

Com vistas a conferir nova forma às concessões tradicionais albergadas pelo Direito Administrativo, diante de uma nova realidade fática que se revelou ao Estado brasileiro, enquanto agente prestacional, optou-se por desenvolver e implementar nova fórmula para que as obras e serviços públicos não cessassem nem fossem interrompidos, sob pena de incidir em eloquente inconstitucionalidade.

Pelo regime jurídico anterior à instituição das PPP, as entidades privadas que aderiram à iniciativa do Estado e passaram a ocupar o papel de agente – chave para sanar as dificuldades relacionadas ao binômio “disponibilização de obras/serviços à população x recursos financeiros estatais”, se depararam, por vezes, com retorno inferior ao esperado quanto à potencialidade lucrativa do “empreendimento”<sup>208</sup>, uma vez que as tarifas, única contrapartida prevista no modelo, não proporcionavam lucros, e, não raras ocasiões, nem sequer cobriam os custos do agente privado.

Pelo regime atual da Parceria Público-Privada (PPP), abre-se a oportunidade de estabelecer contrato de prestação de obras ou serviços não inferior a R\$ 20 milhões, com duração mínima de 5 e no máximo 35 anos, firmado entre empresa privada e o governo federal, estadual ou municipal, de modo distinto do regime legal de concessão comum, pela forma de remuneração do parceiro privado, já que, na concessão comum, o pagamento é realizado com base nas tarifas cobradas dos usuários dos serviços concedidos, enquanto que, nas PPP, o agente privado é remunerado exclusivamente pelo governo ou numa combinação de tarifas cobradas dos usuários dos serviços mais recursos públicos.

De acordo com a lei da PPP, as parcerias podem ser de dois tipos: Concessão Patrocinada: As tarifas cobradas dos usuários da concessão não são suficientes para pagar os investimentos feitos pelo parceiro privado. Assim, o poder público complementa a remuneração da empresa por meio de contribuições regulares, isto é, o pagamento do valor mais imposto e encargos. Concessão Administrativa: Quando não é possível ou conveniente cobrar do usuário pelo serviço de interesse público prestado pelo parceiro privado. Por isso, a remuneração da empresa é integralmente feita por pelo poder público.

---

<sup>208</sup> O termo empreendimento nesse contexto é utilizado de forma distinta do empreendimento empresarial da lógica do livre mercado na qual se operam apenas contratos privados.

No setor federal, ou seja, no âmbito da União, o Comitê Gestor da PPP (CGP) é quem ordena, autoriza e estabelece critérios para selecionar projetos da PPP. Integram o CGP representantes dos ministérios do Planejamento, Fazenda e Casa Civil. A partir daí, o Ministério do Planejamento passa a coordenar as Parcerias Público-Privada. O pagamento ao sócio privado só é feito quando as obras e serviços firmados pelo contrato estiverem prontos. À medida que o serviço é prestado, é feita uma avaliação periódica, geralmente mensal, do desempenho do prestador de serviço, comparativamente aos padrões de desempenho estabelecidos em contrato. Se cumpridos os padrões exigidos, o governo paga a contraprestação devida. Caso contrário, será feita dedução no pagamento, nos termos também previstos no contrato. Por exemplo, no caso da construção de uma estrada: se o contrato estabelecer que o desvio admitido no asfalto seja de um metro e ao fazer a verificação o agente fiscalizador encontrar algo diferente do padrão definido, o pagamento será reduzido.

No contrato de Parceria Público-Privada devem constar algumas obrigações como: penalidades aplicáveis ao governo e ao parceiro privado em caso de inadimplência, proporcional à gravidade cometida; formas de remuneração e de atualização dos valores assumidos no contrato; critérios para a avaliação do desempenho do parceiro privado; apresentação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes para a realização da obra ou serviço.

A Construção do Hospital do Subúrbio (HS) em Salvador, já em funcionamento, constitui o primeiro exemplo, como unidade hospitalar pública do Brasil viabilizada por uma Parceria Público-Privada.

## 7.2 MODELO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – Lei 11.079/04

O cerne da parceria público-privada consiste na assunção da prestação de serviços públicos pelo agente privado, precedida, ou não, da construção de obras de infraestrutura também por este agente, prevista no mesmo instrumento, mediante contrato com a Administração Pública, contando, como contrapartida, com subsídio estatal de forma integral (concessão administrativa) ou parcial (concessão patrocinada)– neste último caso, parcela da receita destinada à iniciativa privada provém das tarifas pagas pelo utente quando da utilização do serviço/obra.

A Lei que instituiu as PPP – Lei nº 11.079/04 - não especificou, exatamente, os possíveis objetos do acordo, mas delineou os seus limites, bem como condicionou a contratação pela via da Parceria Público-Privada ao atendimento de alguns requisitos. Nesse sentido, além da prestação de serviços públicos, ou obras públicas, é possível, também que a PPP seja firmada, em linhas gerais, para a prestação de serviços necessários, direta ou indiretamente, para a Administração, mesmo que precedida da execução de obras ou fornecimento de instalação ou bens. Para tanto, a Lei previu apenas duas modalidades possíveis na formação do ajuste, quais sejam: a concessão administrativa, em que a contraprestação do parceiro privado provém integralmente do parceiro público, e a concessão patrocinada, em que a contraprestação do parceiro privado provém, repartidamente, de duas fontes, quais sejam, da Administração Pública e do usuário do serviço objeto do contrato<sup>209</sup>.

No caso, nenhuma das formas das concessões previstas na Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPP) se identifica integralmente com as concessões tradicionais da Lei nº 8.987/95, a qual, não obstante, consoante disposição legal da própria normatividade da Lei das PPP, tem aplicação subsidiária.

As PPP seguem a norma geral estabelecida pela lei 11.079/2004, podendo os Estados e os Municípios criarem regras específicas para atender as suas peculiaridades regionais e locais, desde que não contrariem as disposições da lei federal, com a função do estabelecimento de normas gerais. Com isso, todas as parcerias público-privadas devem atender aos requisitos básicos, como duração mínima de 5, e máxima de 35 anos, valor do contrato não inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), precedência de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada à autorização competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada, entre outras exigências da lei federal de regência, aplicável à espécie, em cada caso concreto considerado.

Na concessão patrocinada, há previsão da contribuição da Administração, em adição às tarifas pagas pelos usuários – ao passo que não há contrapartida da Administração nas

---

<sup>209</sup> Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

concessões tradicionais, via de regra. Possibilita-se, nas concessões patrocinadas, que objeto do contrato se constitua tanto de prestação de serviços públicos quanto da execução de obras. Na concessão administrativa, no entanto, o objeto contratual envolve, necessariamente, a prestação de serviços – tendo como usuária direta ou indireta a Administração Pública –, precedida, ou não, da execução de obra ou fornecimento e instalação de bens e a contraprestação ao parceiro privado deve provir exclusivamente do parceiro público. Assim rege o § 3º, do art. 2º da Lei das PPP:

§ 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 nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

As condições, para a celebração de tal ajuste, ainda observa o piso mínimo do valor do contrato<sup>210</sup> em R\$ 20.000.000,00, o prazo mínimo da prestação de serviços em cinco anos, e o máximo em 35 anos, e a impossibilidade de se contratar na modalidade PPP, isoladamente, o fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública, podendo, no entanto, serem contratados, estes, junto à prestação de serviços, objeto nuclear da concessão patrocinada ou administrativa. É o que se extrai do artigo 4º da Lei nº 11.079/04:

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:  
I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);  
II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos ou;  
III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Outra característica da parceria público-privada, presente nas modalidades que abarca, quais sejam, concessão patrocinada e concessão administrativa, consiste no seu *modus operandi*. O Estado lança mãos dos subsídios para a iniciativa privada apenas quando o objeto do contrato administrativo está finalizado, disponível para uso. É nesse momento que o Estado passa a amortizar os custos de investimento do parceiro privado com a obra ou

---

<sup>210</sup> Discute-se, em doutrina, acerca da aplicabilidade do piso do contrato em vinte milhões de reais para todos os entes federativos. No entanto, o artigo 1º da Lei das PPP prevê que as normas contidas no texto legal, excetuando-se as que expressamente aplicam-se somente à União, no capítulo VI, consistem em normas gerais, a serem observadas por todos os entes federativos.

serviço, bem como o lucro previsto ao particular, conforme estipulado em edital de licitação.<sup>211</sup> A licitação é o instrumento por meio do qual se operam as PPP também, constituindo um dos motivos pelo qual estas são consagradas uma específica vertente do genérico modelo de concessão tradicional, previsto na Lei nº 8.987/95.

Segundo a Lei nº 8.987/95, que regula as concessões clássicas e permissões como forma de delegação do serviço público à iniciativa privada, a concessão de serviço público pode ser precedida, ou não, da execução de obra pública; mas, em ambos os casos, a atuação da iniciativa privada se dá por sua conta e risco, e será recompensada financeiramente pela exploração própria do objeto do contrato (serviço ou obra e serviço)<sup>212</sup>, vale dizer, pela contraprestação tarifária, como disposto em capítulo próprio da Lei (Capítulo IV – da Política Tarifária).

O artigo 11 da Lei nº 8.987/95<sup>213</sup> expande, de maneira genérica, a possibilidade de fontes diversas de receita para o concessionário no empenho da sua atribuição atinente à prestação dos serviços públicos, com escopo de atingir a modicidade das tarifas, desde que previstas no edital de licitação, ou seja, de forma vinculada. Por essa razão, intentaram-se debates acerca da necessidade da previsão da concessão patrocinada como uma das modalidades de Parceria Público-Privada.

Notava-se a insuficiência do único artigo (artigo 11) da Lei de concessões e permissões públicas, dotado de conteúdo genérico, a regular de forma definitiva uma gama abrangente de relações público-privadas sem especificações aptas e necessárias a delimitar, em minúcias mínimas, instituto de tamanha expressividade, enfrentando, por vezes, diante de tamanha generalidade, questionamentos quanto à constitucionalidade, assunto que será novamente abordado, adiante.

---

<sup>211</sup> ARAGÃO, 2013, op. cit., p. 635-636.

<sup>212</sup> Lei nº 8.987/95 Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

<sup>213</sup> Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

As PPP caracterizam-se, outrossim, pela divisão de riscos. Uma das características distintivas das Parcerias Público-Privadas encontra-se na divisão (arbitramento) de riscos entre parceiro público e privado, a ser especificado no contrato que instrumentalizará o ajuste. Assim, a Lei nº 11.079/04 prescreve:

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

[...]

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

E,

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Revela-se, assim, como uma solução intermediária ao modelo tradicional dos contratos administrativos, em que o risco é inteiramente assumido pela Administração Pública, e ao modelo das concessões tradicionais e permissões da Lei nº 8.987/95, nas quais o particular assume o risco, salvo por razão imprevisível ou de *jus imperii*.<sup>214</sup> Trata-se, portanto, de um requisito inerente aos contratos das PPP, que acaba por garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de uma maneira previsível, coerente e organizada.

Muito embora Paulo Modesto veja no diploma normativo das PPP uma solução consolidada e fixa para o que, segundo o doutrinador, revelava o problema maior dos contratos ordinários do Poder Público com o particular (a assunção integral dos riscos do objeto do acordo pelo Estado), a Lei das PPP, na ausência de um dispositivo objetivamente a respeito, é possível extrair de seu artigo 6º, §1º, importante normativa permissiva de tal compartilhamento de riscos, o qual não é encontrado nem na Lei principal que rege os contratos administrativos (Lei nº 8.666/93) nem na Lei das concessões tradicionais e permissões (Lei nº 8.987/95), a saber:

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

[...]

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e

---

<sup>214</sup> ARAGÃO, 2013, op. cit., p. 674.

padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

Tal previsão de possibilidade, contratualmente ajustada, de repartição de riscos objetivos, está atrelada à qualidade das PPP concernente à vinculação direta da remuneração dos parceiros privados à fruição dos serviços prestados pela Administração ou pelos administrados (conforme diga respeito à concessão administrativa ou patrocinada). Isso porque o artigo 7º da Lei estipula a obrigatoriedade da contraprestação (Estatual ou Estatatal e dos utentes) ser referente aos serviços disponibilizados, vetando que se limitasse à execução de obras ou fornecimento de equipamentos, a saber:

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Em comentário ao dispositivo, Paulo Fernando Mohn e Souza profere:

Advirta-se, porém, que a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilidade do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, embora seja possível efetuar o pagamento relativo à parcela fruível do serviço. Essa é uma das principais características das PPP, que permite ao poder público diferir os desembolsos para depois da execução da obra pública, do fornecimento e instalação dos bens necessários à prestação dos serviços, etapas integralmente custeadas pelo parceiro privado.<sup>215</sup>

No que tange à vedação da disponibilização de verbas pelo Poder Público ainda na fase de investimento do parceiro privado, o § 2º do artigo 6º abre certa exceção desde que previsto expressamente em contrato e somente para a aquisição de bens e realização de obras que ao final serão revertidas inteiramente ao Poder Público, sendo que eventual extinção do contrato não dará ensejo à indenização dos investimentos realizados pelo parceiro privado quando recebido o aporte a que se refere esse dispositivo<sup>216</sup>:

---

<sup>215</sup> SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. O modelo Nacional de Parcerias Público-privadas (PPP). In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito Administrativo**: doutrinas essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 5.

<sup>216</sup> Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: § 5º Por ocasião da extinção do contrato, o parceiro privado não receberá indenização pelas parcelas de



Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

[...]

§ 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 nº 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 artigo 7º, § 2º, no entanto, faz ressalva de modo a não descaracterizar a peculiaridade dos contratos de PPP quando obriga que tal aporte de recursos pelo Poder Público ao particular deve ser proporcional às etapas efetivamente realizadas:

§ 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas.

O dispositivo supratranscrito impede que a PPP se identifique com as formas de delegações tradicionais de serviço público, bem como se dissocia da forma estabelecida para a empreitada de obras públicas, uma vez que nesta não há previsão de prestação de serviços pelo particular (o que diverge integralmente do fundamento das PPP, que se prestam em caráter principal à prestação dos serviços contratados) e, também, o particular obtém remuneração fixa prevista em edital, não suportando os riscos por sua conta (e sim, a Administração Pública é quem arca com os riscos). Nas PPP, diversamente, o particular está vinculado à realização de etapas, metas qualitativas e quantitativas, parâmetros que ordenam a contraprestação efetuada pelo Poder Público, de forma vinculativa.

Da mesma forma, as eventuais vantagens de redução de custos obtidos pelo particular quando dos investimentos realizados para o cumprimento do contrato nas PPP devem ser compartilhados com o Poder Público. A ideia central da PPP se revela, destarte, no compartilhamento de riscos e vantagens que culminam na regra norteadora dos contratos de PPP: o Poder Público contribui com o particular na medida das metas por ele cumpridas ao longo da execução, em termos qualitativos e quantitativos, e na medida dos custos despendidos efetivamente pelo particular.

---

investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, quando tais investimentos houverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos de que trata o § 2º.

Esquiva-se, o Poder Público, assim, de subsidiar os riscos do particular, quando este persegue objetivos que lhe são exclusivos na lógica do mercado; igualmente, foge da lógica dos contratos administrativos por não oferecer preço fixo previamente estipulado, independentemente do retorno obtido com a atuação do particular, e também escapa à ordem dos convênios, uma vez que não se trata de instrumento de colaboração *strictu sensu*, haja vista que não é necessário que o escopo do particular, com a realização do empreendimento, seja o mesmo almejado pelo Poder Público na oportunidade da formação do acordo. Essa última situação se configura no âmbito dos convênios firmados com instituições sem fins lucrativos, por exemplo – trata-se, ao contrário, nas PPP, de o particular alcançar suas próprias metas lucrativas com o desempenho de sua função constante no acordo, e do Poder Público otimizar o provimento das necessidades do interesse público com gestão e emprego de recursos de forma e eficiente, justificativa nuclear da criação da Lei das PPP.

### 7.3 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA SAÚDE COMPLEMENTAR

Como já dissertado previamente, os serviços de saúde são dotados de característica peculiar uma vez que se enquadram no rol dos serviços sociais e, como tais, não são exclusivos do Estado, ao passo que devem, obrigatoriamente, ser garantidos por este, sob pena de violar norma Constitucional de índole fundamental (Artigo 196 da Constituição Federal). Nesse sentido, Dinorá Adelaide M. Grotti bem profere:

A saúde mereceu especial atenção do constituinte, a ponto de salientar que as ações e serviços de saúde são de todo modo qualificados como de relevância pública (Art. 197, primeira parte). [...] Logo, é forçoso concluir que o ingresso da iniciativa privada em tais campos não significa que estarão descaracterizados da categoria “serviço público” quando protagonizados pelo Estado sob regime peculiar. São direitos sociais, na forma da Constituição, conforme o estabelecido no artigo 6º, elevados à condição de direitos fundamentais do homem, e seu desempenho se constitui em um dever inafastável para o Poder Público (...)<sup>217</sup>

Conquanto a prestação do serviço de saúde constitua dever inafastável do Poder Público, conforme exposto de forma louvável por Dinorá Grotti, foram apresentadas ao longo deste trabalho diversas formas em que o particular atua consistentemente na saúde pública,

---

<sup>217</sup> GROTTI, op. cit., p. 97.

ocupando um lugar Constitucionalmente estabelecido pelo Estado, em seu dever, de forma também Constitucionalmente abarcada quando se cogitou da Saúde Complementar no Artigo 199 da Carta Magna. Destarte, foram expostos os instrumentos constitucionalmente previstos para tal atuação, quais sejam, os contratos administrativos e o convênio.

Também se discorreu acerca da inaplicabilidade das concessões comuns, abarcadas pela lei nº 8.987/95, no que tange à delegação dos serviços de saúde, uma vez que aquela Lei se dirige para os serviços sociais ditos econômicos, que envolvem a inerente cobrança de tarifas por parte dos utentes quando da utilização de tais serviços.

Exsurge, então, a PPP, nova modalidade de concessão, com regimento e peculiaridades próprias, que vem sendo abarcada pela Administração Pública na formação de ajustes no âmbito da Saúde Complementar. Consoante o que fora brevemente traçado alhures, as PPP, em sua essência, tem como premissas a ineficiência de gestão e insuficiência de recursos financeiros por parte da Administração Pública, de um lado, e confiança na capacidade e eficiência gerencial e produtiva do parceiro privado, sendo que aquela confia a este, também, “o transplante de habilidades, especialidades e inovações do setor privado para a consecução de interesses públicos”<sup>218</sup>.

O diploma normativo que regula as PPP, a Lei Federal nº 11.079/04, não veda nem afirma expressamente a aplicabilidade desse instituto para a contratação de entidades particulares na prestação de serviços sociais, sobretudo, a saúde. Deixa, em aberto, portanto, para as interpretações que se possam fazer desse dispositivo frente ao arcabouço normativo pátrio. Algumas especificações das PPP, como a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado, bem como o prazo mínimo de 5 anos, e o prazo máximo de 35 anos (após o qual o serviço e bens já serão revertidos ao comando direto Estatal) se conformam às exigências normativas da saúde pública, como o fato de o Estado manter a titularidade do serviço (em que pese a titularidade da prestação do serviço ser concedida, por um longo período, ao particular, quando da execução do contrato), sobretudo no que tange ao controle e fiscalização dos mesmos, a eficiência no cumprimento das missões, e a continuidade da prestação dos serviços<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> HORBACH, Carlos B., 1994 apud SOUZA, op. cit., p. 564.

<sup>219</sup> Lei nº 11.079/04, artigo 4º: Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II –

Ao tratar-se de investimentos na saúde pública, ressalte-se o princípio da integralidade do SUS, que vem a exigir uma rede integralizada de atendimento, com a construção de estrutura e disponibilização de serviços em 1º, 2º e 3º níveis de complexidade de atenção à saúde. Um investimento a médio/longo prazo, tal como previsto na PPP, atenderia satisfatoriamente aos escopos primordiais do SUS, sobretudo o contido no Princípio da Universalidade, se realizado com observância ao princípio da integralidade e diretriz da hierarquia, com o escopo de não somente criar estruturas de saúde, mesmo que desarticuladas, mas com o objetivo de promover uma rede de atenção à saúde, apta a concretizar o sistema articulado de saúde consoante impõe a LOSUS e a Constituição Federal de 1988.

Destarte, como já discutido, as PPP foram previstas com vistas à implantação de serviços - acompanhados ou não da execução de obras, fornecimento de bens e instalações – de médio a longo prazo, revelando que o objeto de tais ajustes comporta grande complexidade. Também, o limite mínimo do valor do contrato em R\$20.000.000,00 revela que o objeto do contrato necessariamente é de grande vulto. No caso da saúde pública, a concessão para a prestação de serviços de saúde concomitante à construção de hospitais, com o emprego de bens, instalações, muito provavelmente envolverá esse montante.

No entanto, pesa sobre essa exigência legal as eventuais limitações de outros entes federados, que não a União, no aporte de tal vulto de recursos para a implantação e fornecimento de serviços de saúde. Sobretudo pela diretriz da municipalização, decorre que os serviços de saúde tem sua gestão centrada principalmente naquele ente federado que configurará, a priori, a porta de entrada para o Sistema. Entretanto, há de se ponderar que o Município está amparado com recursos dos demais entes federados, na Hierarquia do Sistema, uma vez que recebem percentagens de recursos vinculados à saúde, tanto do Estado, quanto da União, pelo mecanismo de repasse adotado pelo SUS, o repasse fundo a fundo, fator apto a eliminar o óbice suscitado pela impossibilidade de os municípios investirem o mínimo de R\$ 20.000.000,00 exigido para contratação em PPP.

Ademais, a repartição dos riscos nas PPP não onera o usuário do SUS, o que não poderia implicar em rejeição ao modelo para a prestação de serviços de saúde sob esse viés, já

---

respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

que não é possibilitado, à Administração Pública, se eximir de eventuais responsabilidades no decorrer do contrato. Ao contrário, segundo Maria Sylvia, parece que o particular fora por demasia onerado, uma vez que a estipulação legal foi no sentido de este repartir, além dos riscos de força maior, imprevisibilidade, os danos pelo ato (ato geral não diretamente relacionado diretamente com o contrato – fato do Príncipe) ou fato da Administração, em que a Administração dá causa ao dano<sup>220</sup>. Destarte, sob as análises levantadas supra, a utilização da Parceria Público-Privada na constituição da Saúde Complementar parece viável aos escopos estabelecidos para o Sistema Único de Saúde.

No que tange ao instrumento de ajuste aplicado, no caso dos serviços de saúde, o único previsto dentro das PPP passível de ser empregado para o arranjo público e privado seria a concessão administrativa, uma vez que nesta a Administração Pública arca integralmente com os custos do investimento do parceiro privado, ao final da execução do contrato ou da disponibilização da parcela fruível do serviço público, de forma proporcional. A impossibilidade de se utilizar da forma de concessão patrocinada para o ajuste no seio do serviço de saúde decorre da adstrição à forma da contraprestação do parceiro privado, qual seja, parte decorrente da Administração Pública e parte decorrente de tarifa dos usuários, razão pela qual incide, de forma subsidiária, diversos dispositivos da Lei nº 8.987, que regula a concessão comum. Haja vista o Princípio da gratuidade que emana sobre o sistema de saúde pública no Brasil (SUS), e que o particular, quando atua na Saúde Complementar, encontra-se integralmente vinculado à observância da normatividade que regula o SUS, revela-se impossível – sob pena de incidir em flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade – a atuação privada mediante contrapartida tarifária, dos usuários, ainda que parcialmente.

Demonstrado que o único instrumento aplicável à Saúde Complementar, no seio das Parcerias Público-Privadas, é a concessão administrativa, impende-se tratar-se das características mencionadas acerca das PPP sobre o regime da prestação de serviços de saúde, confrontando os dispositivos já estudados que emanam sobre a Saúde Complementar, com a concessão administrativa da PPP também nesta área.

Primeiramente, e independentemente da natureza do serviço de saúde, insta salientar que o próprio dispositivo da Lei 11.079/04 delimita, de maneira bastante genérica, o objeto do contrato de concessão administrativa a serviços em que a Administração Pública seja usuária

---

<sup>220</sup> DI PIETRO, op. cit., 2002, p. 153.

direta ou indireta. Por usuária indireta, entende-se que os serviços públicos objeto da concessão administrativa podem ser os serviços públicos, cuja titularidade – senhorio – é estatal, e cujo destinatário é a coletividade. Logo, seriam os serviços públicos que visam a atender finalidades de interesse público, de prestação obrigatória e Constitucionalmente impositiva. Já quando o dispositivo refere-se a serviços de que a Administração seja usuária direta, diz respeito aos serviços que compõem a dinâmica estrutural e gerencial da Administração, envolvendo a administração interna, propriamente dita. Nesse caso, pode-se falar em uma delegação de atividade-meio. No primeiro caso, por sua vez, incidiria em delegação de uma atividade-fim, mediante contrapartida integral a cargo do Poder Público, ao que Maria Sylvia Z. Di Pietro chama de terceirização de serviços públicos<sup>221</sup>.

Maria Sylvia ainda complementa, quanto à delegação de serviços (públicos) sociais do Estado:

Será, de certa forma, o mesmo tipo de delegação de serviço público que ocorre com as organizações sociais, porém com regime jurídico diverso. De qualquer forma, a ideia é a de delegar a entidade privada a execução de serviço público; só que no caso das organizações sociais, a entidade tem que ser associação ou fundação sem fins lucrativos e, no caso da concessão administrativa, essa exigência não existe, podendo a concessionária atuar com objetivo de lucro. Nos dois casos, ter-se-á serviço público não exclusivo do Estado, prestado por entidade privada, mediante remuneração garantida pelo Poder Público.

Ora, como bem destacou Di Pietro, no caso das Organizações Sociais há a delegação de serviço público a entidades privadas sem fins lucrativos, sendo que no caso da concessão administrativa ajusta-se com entidade com fins lucrativos. Em confronto de tal instituto com a Constituição Federal de 1988, tem-se que o artigo 199, §1º, quando trata da Saúde Complementar, delimita os possíveis instrumentos de ajuste a contratos administrativos e convênios. Muito embora a concessão administrativa seja ajustada mediante contrato administrativo, não há previsão Constitucional alguma para que este consista em forma de viabilizar uma delegação de serviço de saúde, tal como ocorre com o artigo 175 da mesma Carta<sup>222</sup>. Esse último dispositivo diz respeito à delegação de serviços públicos na forma da

---

<sup>221</sup> DI PIETRO, 2002, op. cit., p. 153.

<sup>222</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.

Lei, sendo esta a Lei nº 8.987/95 - promulgada para tanto -, que rege os serviços públicos de viés econômico, de modo que, indubitavelmente, não se pode falar na sua integral aplicação para os serviços sociais, como os de saúde.

Outrossim, o mesmo art. 199, § 1º impõe que seja dada preferência ao ajuste com entidades filantrópicas e **sem** fins lucrativos. Ora, caso admita-se abarcar as PPP de forma generalizada para contratação do particular no seio da Saúde Complementar, se poderia cogitar de infração a esse dispositivo Constitucional, já que as PPP são destinadas a ajustes com entidades privadas **com** fins lucrativos.

Em continuidade, cogitar-se-ia também, de um confronto com a norma da Portaria 1.034/10 do MS que estipula ser dada preferência às entidades sem fins lucrativos quando da contratação. No seu art. 3º, II, reitera a determinação constitucional de, no uso do contrato administrativo para firmar o ajuste, ser dada preferência a entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. O art. 4º da Portaria, dirigindo-se especificamente ao Estado e município, reafirma o disposto quanto à preferência de entidades não lucrativas para contratação. Vale ressaltar a mesma observação que se fez no Capítulo anterior, das OS, de que a Portaria é posterior à edição da Lei de Parcerias Público-Privadas, e que seu principal objeto é regular diretamente a saúde complementar, ao passo que a lei das PPP tem como objeto genérico serviços públicos e serviços prestados no interior da Administração. Nota-se, portanto, ser mais específica a Portaria, na sua matéria e na sua função de regular os dispositivos da participação complementar da Lei do SUS (em conformidade com os preceitos Constitucionais que regulam a saúde) o que denota, tanto pela especificidade da matéria, quanto pela posterioridade em relação à Lei nº 11.079/04, ser prevalecente sobre esta. Por isso, se fosse da vontade da *mens legis* contida na Portaria, em conformidade com a Lei do SUS, teria expressamente admitido o uso das PPP quando da contratação com entidades privadas, o que não ocorreu.

Nota-se, portanto, que com a justificativa do aparelhamento estatal e insuficiência de recursos, a PPP, no âmbito dos serviços sociais, fora considerada por muitos, forma de ajuste necessária a acompanhar o estado de coisas em que se encontra a sociedade. No entanto, é princípio de direito que costume não revoga Lei, e que a letra da Lei é imperiosa a regular as

---

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

situações de fato até que outra a revogue. Nessa trilha de ideias, ao analisar a Lei das PPP, não é possível extrair nenhum dispositivo que, concernente aos serviços sociais, e o da saúde em específico, adequa os procedimentos nela previstos às exigências Constitucionais e as da Portaria do MS, quais sejam, de priorizar as entidades sem fins lucrativos, face às entidades com fins lucrativos. Inclusive porquanto não se coaduna com o objetivo da PPP a inserção de sujeito privado sem fins lucrativos. Dessa forma, insere-se o questionamento acerca da aplicabilidade das PPP aos serviços de saúde, sua Constitucionalidade e legalidade frente a todo exposto.

Além disso, o artigo 3º da Lei das PPP<sup>223</sup> menciona a possibilidade da aplicação subsidiária de determinados dispositivos da lei que rege as concessões comuns (Lei nº 8.987/95) à concessão administrativa. Muito embora não encerre a aplicação subsidiária dos dispositivos da referida Lei na íntegra, tal como ocorre no que concerne às concessões patrocinadas, há de se questionar se tal aplicação subsidiária seria possível quando se tratar de serviços sociais, como objeto do contrato. Realmente, o serviço social não é um serviço público econômico, sendo envolto em qualidades especiais que atendem ao viés social, no seu sentido axiológico, como delineado em capítulo anterior. Ao serviço de saúde, portanto, uma vez presente no rol dos serviços sociais, seria inaplicável a normatividade regente de serviços públicos econômicos, própria da Lei nº 8.987/95.

A menção à aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 pelo referido dispositivo, inserto em uma Lei Federal que, no que tange à concessão administrativa, abarca os serviços diretos e indiretos da Administração, somente tem validade quando não haja outro dispositivo, outra normatividade, outra regência de maior especialidade ou posterior situação cronológica que com ela seja compatível. No caso da saúde, nem a Constituição Federal, nem a LOSUS, nem a Portaria fizeram qualquer menção à Lei nº 8.987/95, sendo estes os principais dispositivos reguladores dos serviços de saúde. A Constituição Federal, inclusive, delimitando o âmbito da aplicação da Lei nº 8.987/95 de forma indireta, veiculou no seu artigo 175 que os serviços públicos serão de incumbência do Poder Público de forma direta ou mediante concessão/permissão, conforme o que a lei dispuser. Nos seus incisos, o dispositivo prevê ainda que a lei cuidará da política tarifária. Ora, observa-se nitidamente que a Lei de que trata

---

<sup>223</sup> Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.



o dispositivo Constitucional é a Lei em comento, 8.987/95, que trata da concessão e permissão de serviços públicos, inclusive da política tarifária.

A saúde, por sua vez, não é considerada um serviço público nos contornos delineados por esse dispositivo, sobretudo por: a) não ser de titularidade exclusivamente estatal, sendo livre à iniciativa privada consoante disposto no artigo 197 da CF<sup>224</sup> b) não encontrar abrigo nos dispositivos da Constituição que tratam da Saúde – nenhum deles menciona a possibilidade de delegação via concessão/permissão – e, c) por não envolver política tarifária alguma.

Ainda que a concessão administrativa tenha por característica cabal a ausência de contrapartida tarifária, o fato de os dispositivos que a regulem, na Lei das PPP, conduzirem à Lei nº 8.987/95, já é indiciário de Constitucionalidade questionável quanto à aplicação desta modalidade para os serviços de saúde abarcados pela Saúde Complementar. Se o legislador ao menos aceitasse tal aplicação aos serviços de saúde, em algum dispositivo específico da Saúde, como a LOSUS, ou então a própria Portaria Ministerial 1.034/10, teria expressado a aplicabilidade de tal Lei – seja a lei das PPP, seja a Lei nº 8.987/95.

Malgrado a Lei das PPP não esteja expressamente direcionada para algum tipo de serviço em específico, como já exposto, abarca uma miríade de serviços que se enquadram em serviços diretos ou indiretos da Administração. Dado o amplo espectro de serviços abarcados, e as profundas distinções entre eles quanto às suas naturezas, cabe uma análise conjunta, uma interpretação integrada e um confronto com as Leis que regulam, de forma específica, os serviços que eventualmente seriam objeto da Lei das PPP. Dessa forma, é possível vislumbrar alguma possível inaplicabilidade da Lei das PPP, quando incompatível, em alguma medida, com a Lei que regule algum serviço em específico, como o serviço de saúde, regulado especialmente pela Constituição Federal, Lei nº 8.080/90 (LOSUS) e Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde.

Outra possível vertente sob a qual pode ser questionada a Constitucionalidade das PPP na formação de ajustes no âmbito da Saúde Complementar diz respeito à política fiscal-

---

<sup>224</sup> Os serviços públicos, de titularidade estatal, são aqueles passíveis de delegação, e recebem os contornos preditos no artigo 175 da Constituição Federal. Os serviços sociais, por sua vez, impõe a atuação Estatal na sua prestação com vistas a obrigar a atuação do Poder Público, em alguma medida, a fim de garantir a execução e disponibilização de tais serviços de forma gratuita; uma segunda via, uma escolha ao usuário daquele serviço, que pode optar pelo serviço disponibilizado pela iniciativa privada, em regime de direito próprio, ou pelo Poder Público, como é o caso da educação e da saúde. Eesse sentido, alcança Carlos Sundfeld em sua obra Fundamentos de Direito Público (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 83-84).

orçamentária que envolve a PPP, a justificativa financeira na qual se esteia e a contrapartida do sistema de saúde público que determina que o Poder Público dê preferência às entidades sem fins lucrativos quando da contratação no seio da Saúde Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro veicula de maneira grandiosa a contradição que envolve os primeiros dois pontos, ao mencionar que a principal justificativa que alicerçou a criação e aplicação das PPP foi a escassez de recursos fiscais do Estado para financiar obras e serviços<sup>225</sup>.

Nesse ponto, resvala a dita escassez fiscal no fato de que tanto em uma quanto em outra modalidade (concessão patrocinada e administrativa) de PPP há uma contrapartida, em menor ou maior grau, do Poder Público ao parceiro privado. E além desta, existem outros mecanismos financeiros para garantir o parceiro privado, que não existiriam na mesma medida se o Poder Público atuasse diretamente, tal como o Fundo Garantidor das Parcerias - FGP, as garantias ao parceiro privado, e as contragarantias ao financiador do parceiro privado. Sobretudo na concessão administrativa, em que a contrapartida remuneratória do Poder Público ao parceiro privado é integral (ou seja, única forma remuneratória do parceiro privado), e utilizada não só para cobrir os custos de investimento face aos financiadores do parceiro privado, como também para garantir, a este, o **lucro**. Prescinde-se de um conhecimento matemático apurado para contabilizar que o que poderia ser um montante de recurso Público (X) aplicado somente a investimentos para os financiadores diretos (Y) no setor da saúde, pelo Poder Público, ( $X = Y$ ), acaba por ser elevado a uma quantia maior a ser despendida pelo Poder Público (X) apta a suprir a necessidade dos financiadores - indiretamente - e dos lucros dos parceiros privados (W) - diretamente -, culminando na fórmula  $X = Y + W$ .

---

<sup>225</sup>“Na realidade, um dos principais objetivos declarados pelo governo e insistentemente aceito e comentado pela mídia é o que diz respeito à necessidade de realização de obras de infra-estrutura, para as quais o governo não dispõe de recursos suficientes. Esse objetivo pode ser verdadeiro, mas é desmentido pelo fato de que a lei aprovada (Lei nº 11.079 de 30 - 12 - 2004) prevê duas modalidades de parceria - a concessão patrocinada e a concessão administrativa - em que a forma de remuneração abrange, total ou parcialmente, a contribuição pecuniária do poder público. Na concessão patrocinada, essa contribuição soma-se à tarifa cobrada do usuário. Na concessão administrativa, toda a remuneração fica por conta do poder público, porém com a vantagem, para o mesmo, de que ela somente se iniciará após o início, total ou parcial, da prestação do serviço. Além disso, embora o particular tenha que assumir a execução da obra (quando for o caso), por sua própria conta, o poder público terá que prestar pesadas garantias previstas na lei e dividir os riscos do empreendimento com o contratado nos casos de ocorrência de áleas extraordinárias, o que permite falar em compartilhamento de riscos e gera certo paradoxo, porque se o poder público não dispõe de recursos para realizar as obras, dificilmente disporá de recursos para garantir o parceiro privado de forma adequada.”<sup>225</sup> (DI PIETRO, 2002, op. cit., p. 143).

Em uma primeira abordagem, vale investigar o artigo 10 da Lei das PPP que rege as especificidades da licitação referentes à contratação pelo ajuste das Parcerias. Além da obrigatoriedade da licitação na modalidade concorrência, o fato de o processo estar condicionado à autorização de autoridade competente, embasada em estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da contratação, observa os princípios do Direito Administrativo de motivação, e à discricionariedade administrativa. No entanto, o fato de ser legal, não implica, necessariamente, que a contratação necessariamente reduza os custos da Administração Pública, se comparado à prestação de serviço diretamente por esta, consistindo em fórmula genérica, embora em conformidade com a Lei e princípios administrativos, a contida no inciso I do artigo 10.

Ademais, a obrigatoriedade da previsão das despesas e do objeto da PPP, estarem previstas, respectivamente, na Lei de Diretrizes Orçamentárias Anuais e no plano plurianual do local, onde o contrato será celebrado, bem como a observância dos limites estabelecidas nas metas de resultados fiscais constantes do Anexo previsto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (lei Complementar nº 101/2000) não implicam, dialeticamente, em que os gastos contraídos pelo Poder Público com o parceiro privado serão inferiores ou equivalentes aos gastos que o Poder Público assumiria se prestasse o serviço diretamente; apenas confere legalidade fiscal e orçamentária à contratação.

Outrossim, a dicção dos incisos II, IV é no sentido da obrigatoriedade da previsão das **estimativas** do impacto orçamentário e financeiro ao longo da vigência do contrato, bem como da **estimativa** do fluxo de recursos que será suficiente para cumprir as obrigações assumidas pela Administração Pública com o parceiro privado. Ora, o estudo a que se deve vincular a autorização do procedimento licitatório da PPP, e sua utilização em cláusula vinculante no edital, baseia-se, portanto em estimativas. Muito embora tal normativa vise a se conformar com as demandas práticas na execução do contrato, dotando de legalidade a flexibilidade necessária na utilização de recursos consoante a dinâmica da estrutura do mercado, ela não é capaz de, juridicamente, assegurar que as despesas da Administração Pública vinculadas às PPP sejam previamente vislumbradas de forma a implicar em gastos que não exorbitem, sobremaneira, o orçamento público, se comparado com os gastos que a Administração vincularia à prestação dos serviços de saúde pela via direta.

Por assim dizer, se o Estado prestasse diretamente os serviços de saúde, teria gastos com equipamentos, instalações, materiais, vinculados à licitação diretamente com o fornecedor. Realizando o mesmo por meio das PPP, teria a estimativa vinculada às

necessidades do parceiro privado, tanto com relação aos custos que obteria com seu financiador direto, como com relação aos seus lucros. Por sua vez, os gastos com pessoal, na prestação direta pelo Estado, ficariam a cargo diretamente do Poder Público que, mediante concurso público, estipularia e vincularia, previamente em quantia fixa, certa, o valor a ser despendido com aqueles serviços, não havendo que se falar em estimativa, ao passo que os recursos humanos da empresa privada não são obtidos mediante concurso público, mas seguem a lógica do livre mercado.

Supondo, então, que dentro dos limites delineados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)<sup>226</sup>, o Estado, para financiar o parceiro privado na contratação de seus serviços, recaia na formação de dívida pública, não seria o caso de questionar se esta dívida é legítima, uma vez que envolve, em pecúnia ou nela conversível, valores que implicam não somente no custeio dos investimentos para a prestação de serviços de saúde, mas que também compõe o lucro dos parceiros contratados, sendo possível e, inclusive, atribuído à Administração Pública, dentro da sua estrutura, o dever da prestação dos serviços de saúde? Leva-se em conta, então, que eventual elevação nos custos do parceiro privado será, de alguma forma, repassada à Administração na composição dos valores a ele destinados, o que se coaduna com a genérica expressão estimativa, utilizada nos dispositivos supramencionados.<sup>227</sup>

É de se indagar, portanto, quão benéfica à sociedade – haja vista que o único interesse envolvido é o público - e justificável é a formação da PPP no âmbito da saúde, se um dos maiores justificadores para tanto é a insuficiência do recurso estatal, quando há a possibilidade de tal ajuste implicar mais gastos do que se os serviços em questão fossem prestados diretamente pelo Estado, uma vez que os serviços de saúde têm, como fonte principal de custeio, os impostos recolhidos perante a população, que compõem as Contribuições Sociais do sistema de seguridade social. Mais do que isso, cabe analisar se o intuito da Carta Magna ao restringir a contratação com entidades com fins lucrativos para

---

<sup>226</sup> Capítulo VII da Lei Complementar nº 101/2000.

<sup>227</sup> Nesse sentido, e a título de ilustração, Paulo Fernando Mohn e Souza profere: “A última condição é a de licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir. A segunda exigência contida no dispositivo abranda a primeira, ou seja, a expedição das diretrizes para o licenciamento, aparentemente, será quase sempre preferível à licença prévia. A alternativa é questionável, pois o início do certame licitatório poderá ocorrer sem que se tenha exata noção das providências necessárias à obtenção do licenciamento ambiental. Tudo isso dependerá do regulamento a ser baixado. Entretanto, argumenta-se que eventuais custos ou mudanças no projeto deverão ser arcados pelo parceiro privado, pois, na lógica das PPP, a Administração compra os serviços e não a infraestrutura necessária para sua prestação. Entretanto, é evidente que isso terá impacto no futuro nas tarifas e na contraprestação da Administração Pública (SOUZA, op. cit., p. 586]”

atuar no âmbito da saúde pública não foi o de, justamente, relegar que os gastos com a contratação fossem mais elevados do que aqueles que se obteriam se o Estado prestasse os serviços diretamente.

Inserto, ainda, na lógica dos pesos e contrapesos presente nos ajustes das PPP na saúde pública, encontra-se a possível previsão em edital de garantias e contragarantias fornecidas pelo Poder Público, com relação ao seu adimplemento contratual. As primeiras, concernentes aos parceiros privados, e as segundas, concernentes aos financiadores dos parceiros privados. Quanto às garantias ao parceiro privado, incluem-se, pela Lei, a vinculação de receitas, respeitado o artigo 167 da Constituição Federal, instituição de fundos especiais previstos em lei, contratação de seguro-garantia, garantia prestada por organismos internacionais e instituições financeiras não controladas pelo Poder Público e as prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal.

Vale sublinhar o parecer do jurista Kiyoshi Harada, no sentido de que a previsão da garantia de vinculação das receitas e instituição de fundos infringe norma constitucional, por envolver recurso público e que, como tal, para pagamento de dívida, deve observar a ordem dos precatórios. Em suas palavras:

não há, portanto, possibilidade jurídica de a receita pública em geral garantir obrigações pecuniárias contraídas pelo Poder Público em face deste ou daquele particular. Do contrário, violados restariam os princípios da impessoalidade e da moralidade, insertos no art. 37 da CF e que são de observância impositiva, nos precisos termos do art. 100, caput, da Carta Política<sup>228</sup>.

Além das garantias, existe a possibilidade de o Poder Público fornecer contragarantias, previstas na Lei das PPP, aos financiadores do parceiro privado, já que a amortização dos investimentos do parceiro privado, ao parceiro público, só ocorrerá após a disponibilização dos serviços, de modo que, até esse momento, o parceiro privado se utiliza dos seus recursos frente o financiador. As contragarantias previstas no art. 5º, §2º da Lei das PPP abrangem a transferência do controle das Sociedades de Propósito Específico – cuja constituição é obrigatória de parte do parceiro privado para ajustar com o Poder Público pela via das PPP – aos financiadores; a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; legitimidade dos

---

<sup>228</sup> HARADA, Kiyoshi. Parceria Público-Privada. Parecer. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, Editora NDU, n. 3, p. 308-315, mar. 2005.

financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato; possibilidade de recebimento, pelo financiador, de pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Nota-se, de antemão, que o arcabouço normativo das PPP abrange uma gama de garantias, *lato sensu*, para o caso de inadimplemento do Poder Público na execução dos contratos das PPP. Ocorre que, havendo previsão de garantias e contragarantias, protegem-se dois sujeitos, no âmbito das PPP: o parceiro privado contratante e o financiador, o que faz com que o Poder Público esteja duplamente vinculado em suas despesas e dívidas públicas.

Em consonância, a lei das PPP prevê, em âmbito Federal – Capítulo VI, disposições aplicáveis à União -, a criação de um Fundo Garantir das Parcerias (FGP), do qual a União e suas entidades descentralizadas poderão participar, com até R\$ 6.000.000.000,00 com vistas a garantir os custos assumidos com o parceiro privado. O Fundo seguirá regime jurídico de direito privado, e será criado, gerido e representado por instituição financeira controlada pela União. A surgir como mais um mecanismo de garantia do parceiro privado em caso de eventual inadimplemento da Administração Pública, caracteriza-se como um arcabouço de recursos públicos que, entretanto, é dotado de personalidade jurídica privada e gerido por instituição financeira. O fato de ser integrado ao regime jurídico privado é o que permitiria, por exemplo, que os recursos do Fundo sofressem constrição judicial – sem o que se tornaria inócua a existência dessa garantia. Entretanto, Maria Sylvania Z. Di Pietro pondera que, na verdade, pelo fato de ser composto por cotas integralizadas de entidades da Administração Pública, os valores e bens do FGP são insuscetíveis de penhora.

Analisando-se o contrato de PPP na área da saúde, a previsão do possível FGP para garantir tal contrato, deve-se atentar às peculiaridades do custeio do SUS. O SUS, em seu alicerce jurídico, tem de atender gratuitamente ao universo da população que a ele recorre, sendo que por esse mesmo universo é financiado, previamente, mediante o recolhimento de impostos. Os arts. 6º e 7º da Lei Complementar nº 141/12<sup>229</sup> preceituam que deve ser vinculado um percentual mínimo de 12% e 15% dos impostos, respectivamente, dos estados e municípios, às ações e serviços públicos de saúde – em conformidade com o disposto no

---

<sup>229</sup> Lei Complementar nº 141/12 regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

artigo 77 do ADCT, da CF/88. O parágrafo único do artigo 2º da Lei Complementar 141/12<sup>230</sup> refere que as despesas com ações e serviços públicos de saúde de todos os entes federados devem ser financiadas com recursos dos respectivos fundos de saúde. Já no seu artigo 4º, inciso X<sup>231</sup>, a mesma Lei determina que, não compõem o percentual mínimo de despesa acima referido os recursos distintos dos especificados na base de cálculo definido na mesma Lei, ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde. Por uma interpretação sistemática de tais dispositivos insta ressaltar, então, que o FGP, cujos recursos provêm de cotas integralizadas pela União, suas autarquias, fundações públicas e empresas estatais, não deve compor o percentual mínimo de receitas para fins de destinação à saúde pública, sob pena de violação à Lei Complementar em comento, já que o FGP é, por si só, um fundo criado com destinação vinculada a garantir à contraprestação pecuniária do parceiro privado, na execução do objeto do contrato – que no caso em tela, consiste na execução de serviços de saúde.

A confirmar a obrigatória observância da centralização dos recursos destinados aos serviços de saúde nos fundos de saúde estatais, o artigo 14 ainda restringe ao Fundo de Saúde a qualidade de unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados aos serviços públicos de saúde, fazendo ressalva apenas às unidades vinculadas ao Ministério da Saúde. Donde se extrai a indagação acerca da legitimidade do FGP, como fundo de personalidade e regime jurídico privados, distintos e desvinculados do Fundo de Saúde, apto a garantir a contrapartida do parceiro público ao privado na execução de contrato de serviços de saúde – no presente momento, restringindo-se a análise da aplicação das PPP aos serviços de saúde pública - o que corrobora com a investigação acerca da aplicabilidade da Lei das PPP ao setor dos serviços de saúde.

---

<sup>230</sup> Lei Complementar 141/2012, Art. 2º Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes: (...) Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços públicos de saúde realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios deverão ser financiadas com recursos movimentados por meio dos respectivos fundos de saúde.

<sup>231</sup> Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: (...) X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Soma-se, a tudo quanto exposto, o fato de que o FGP é criado e gerido por uma instituição financeira controlada pela União. Ora, o artigo 195 da CF, no seu §2º<sup>232</sup>, determina que é assegurada a cada área da seguridade social – donde se encontra a saúde – a gestão de seus recursos. Nesse sentido, estaria a Lei das PPP, quando aplicada à saúde, violando o dispositivo constitucional em questão na medida em que um órgão não vinculado à área da saúde, qual seja, uma instituição financeira, estaria gerindo um fundo com recursos destinados à implementação e execução de serviços públicos de saúde, no âmbito da Saúde Complementar.

Ademais, é possível indagar em que medida a contratação de entidades com fins lucrativos na modalidade PPP não infringe o teor do § 2º do artigo 199, que expressamente veda a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções<sup>233</sup> às instituições privadas com fins lucrativos.<sup>234</sup> O *caput* do artigo assegura a liberdade do setor privado de atuar na assistência à saúde e, logo no §1º, limita os ajustes do Estado com a iniciativa privada de fins lucrativos quando impõe que seja dada preferência aos ajustes com entidades privadas sem fins lucrativos.

Logo, a regra, no âmbito da saúde pública, é de que o Estado firme ajuste com entidades sem fins lucrativos, sendo que a permissão para a contratação com entidades com fins lucrativos é residual, quando comprovadamente necessária e, sendo assim, não caracterizaria a proibida subvenção do poder público, uma vez que previsto em Lei. Porém, a previsão legal é incisiva ao restringir a atuação das entidades com fins lucrativos, de modo que a banalização da contratação com instituições privadas com fins lucrativos, independentemente da demonstração da insuficiência do Poder Público e do exaurimento dos ajustes com entidades sem fins lucrativos, foge à dicção legal e, nesse caso, pode-se suscitar a ocorrência de subvenção estatal a entidades privadas com fins lucrativos. Isso porque, uma

---

<sup>232</sup> Constituição Federal, Art.195 (...) §2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

<sup>233</sup> O art. 12. §3º da Lei nº 4.320/64 prevê as possíveis espécies de subvenção, sendo que a subvenção social, em que se enquadrariam os serviços de saúde, é restrito, expressamente às entidades sem fins lucrativos, sendo a econômica restrita a empresas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril – donde encontra-se excluído o setor de saúde. *In verbis*: “§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.”

<sup>234</sup> É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.



entidade com fim lucrativo que tenha por escopo a prestação de um serviço de saúde, atuante em regime próprio, de direito privado, por exemplo, não diverge da entidade privada com fim lucrativo que, especializada em serviços de saúde, atua no âmbito do SUS por contratação com a entidade pública via contrato administrativo de prestação de serviços.

Igualam-se, portanto, na origem, as entidades privadas com fins lucrativos; diferenciam-se, entretanto, na formação, ou não, do ajuste com o Poder Público, na medida em que o ajuste for necessário e residual para que o Poder Público cumpra com o seu dever de oferecer serviços de saúde à população. Desvia-se da legalidade, portanto, quando essa diferenciação é inexistente, ou seja, quando o Poder Público possui recursos próprios suficientes, mas não os utiliza, ou possui a opção de contratar com as entidades sem fins lucrativos para atender à saúde pública, mas não o faz, contratando, mesmo assim, com entidades com fins lucrativos. Nesse último caso, então, pode-se cogitar de haver a subvenção do Poder Público ao particular, o que é vedado pelo dispositivo em comento (Art. 199, §2º).

Destarte, a Lei das PPP, por não se referir expressamente a parcerias no âmbito da saúde pública, não impinge restrição ao Poder Público para contratar com as entidades com fins lucrativos, senão à observância das Leis Orçamentárias e fiscais – até mesmo porque, a Lei das PPP dirige-se, tão somente, e pela natureza dos ajustes que regula, a entidades com fins lucrativos, não encontrando lugar, na Lei, as entidades sem fins lucrativos. Se o Poder Público, acobertado pela Lei das PPP, apenas nela se ampara e não observa as demais normas que imprimem restrição, na saúde pública, à contratação com entidades com fins lucrativos, então, incide em ilegalidade em inconstitucionalidade por tudo quanto fora expresso nessa pesquisa, caracterizando verdadeira terceirização de atividade-fim de cunho essencial à sociedade e de obrigatoriedade, ao Estado.

A embasar a indagação acerca da constitucionalidade da PPP no âmbito da saúde, como uma forma de viabilizar a Saúde Complementar, vale mencionar os indícios de inconstitucionalidade da aplicação da Lei das PPP à saúde pública. Os ditames acerca da Constituição Federal de 1988 no sentido de esta ter agravado o engessamento das estruturas burocráticas e a sobrecarga de despesas orçamentárias<sup>235</sup>, em confronto com as proclamações de que as PPP surgiriam como uma forma de flexibilizar, dinamizar essa estrutura engessada,

---

<sup>235</sup> Nesse sentido, Paulo Fernando Mohn e Souza disserta: “Horbach (2004, p.1) lembra que o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, do Governo Fernando Henrique Cardoso, já apontava a sobrecarga como uma das causas da crise da administração pública brasileira, juntamente com o engessamento das estruturas burocráticas, fenômenos agravados pela Constituição Federal de 1988” (SOUZA, op. cit., p. 561).

inferem, pela lógica dos respectivos discursos empregados, que as PPP estariam “burlando” a Constituição Federal, dando-lhe maior movimento e flexibilidade. No entanto, sabe-se, a Constituição Federal está no topo da hierarquia das normas (modelo de Hans Kelsen), não podendo ser alterada senão por emenda constitucional, ou substituída, senão por intermédio de nova Constituinte. O que se dispôs questionar neste capítulo não envolve, precipuamente, a conveniência e adequação das PPP na gestão das políticas públicas, mas sim a sua Constitucionalidade e legalidade frente aos dispositivos vigentes, concernentes à saúde pública e ao interesse público constitucionalmente estabelecido como valor maior a ser perseguido e alcançado.

## **CAPÍTULO 8 - ANÁLISES E CONCLUSÕES**

Acerca do que foi tratado nesta monografia, identifica-se o desenvolvimento da saúde pública no Brasil, tendo sua fase de maturação iniciada com a Reforma Sanitária da década de 70, consolidada na Constituição de 1988 e praticada até hoje.

A Lei nº 8.080/ 90 (Lei Orgânica do SUS – LOSUS) instituiu o Sistema Único de Saúde em função da operacionalização da saúde pública como dever do Estado, assim proclamada pela CF/88<sup>236</sup>. Destarte, essa Lei atribuiu à Administração Pública a responsabilidade de garantir a oferta de ações e serviços de saúde que concretizassem o direito à saúde, sob pena de incidir em ilegalidade e, também, em inconstitucionalidade.

Importante, também, ressaltar a relação do direito à saúde com outros direitos fundamentais instituídos pela CF/88, bem como a relação da saúde com suas condicionantes, revelando necessário o combate a fatores ambientais e sociais que em muito influenciam na qualidade de vida e no equilíbrio biológico do indivíduo e da coletividade.

Fora analisada, pormenorizadamente, toda a estrutura do SUS, suas atribuições, competências, organização, órgãos atuantes, princípios e diretrizes, de modo a aclarar a forma como se dá a prestação direta dos serviços públicos de saúde no Brasil (pelo Estado).

---

<sup>236</sup> 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.

Ademais, na primeira parte do trabalho, foi possível identificar algumas dificuldades, dentre outras apontadas na segunda etapa do relatório, na implementação das normativas do SUS e, até mesmo, da CF/88, no que diz respeito, principalmente: a) à dificuldade de superação do modelo biomédico – privatista (que perdurou por muitos anos no Brasil), com a predominância prática de ações e serviços de cunho curativo sobre as de cunho preventivo; b) à dificuldade de concretizar os princípios da universalidade e da igualdade, ao se constatar a acessibilidade restrita do usuário ao SUS, no plano fático, bem como a demora para o usuário obter atendimento no Sistema - o que pode ser bastante prejudicial, quando se trata de saúde, visto que submete o cidadão a riscos de agravos à doença e até à morte.

Da análise da natureza jurídica dos serviços de saúde, resta clarividente que se enquadra nos serviços de relevância pública, dada toda a explanação acerca do modelo de superação do modelo dicotômico da soma zero, em favor do modelo da zona híbrida, haja vista as disposições específicas concernentes ao direito à saúde e a prestação de serviços e execução de atividades disponíveis a concretizá-lo. Assim, as atividades exercidas por entidade privada, em regime de livre mercado, são regidas pelo regime de direito privado, não obstante devam ser submetidas ao rígido controle e fiscalização por parte da Administração Pública, porquanto diz respeito à concretização de um direito social fundamental, indispensável à realização do direito à vida. Por outro lado, as atividades que atinem à realização do direito à saúde no âmbito público devem ser garantidas pelo Estado, prestadas diretamente por meio da Administração Pública, bem como por entidades privadas contratadas ou conveniadas para tal finalidade, ressalvadas as divergências doutrinárias acerca do que o termo **complementar** implica nas atribuições e limites da participação privada no âmbito do SUS.

Ademais, ressaltou-se que os instrumentos de ajuste aptos a formalizar o pacto entre entidades públicas e privadas na Saúde Complementar são os contratos administrativos e os convênios. Insta enfatizar que a Portaria 1.034/10 do Ministério da Saúde estipulou que somente seriam firmados convênios com a Administração Pública quando se tratasse de instituições privadas filantrópicas e sem fins lucrativos, asseverando que o contrato administrativo consiste em instrumento que pode ser empregado para formalizar a relação, tanto de entidade privada com fins lucrativos, quanto com entidades privadas sem fins lucrativos.

A despeito de a doutrina majoritária considerar que o convênio é dotado de natureza contratual, dotado de peculiaridades próprias, parece que a referida Portaria, ao realizar a

delimitação dos casos em que se empregaria o convênio e os casos em que se utilizaria do contrato para celebrar ajustes no âmbito da saúde, embasa-se em critério distintivo relevante de um, e de outro instrumento, dentre outros, a exigibilidade, ou não do procedimento licitatório. Sem embargos dessa questão, os documentos legislativos mais recentes buscam garantir o princípio da impessoalidade, da moralidade e da eficiência por meio de dispositivos que garantam que a escolha de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para atuar no âmbito do SUS não se dê de forma arbitrária e pessoal por parte da Administração Pública, motivo pelo qual se apresenta o chamamento público e a certificação de entidades beneficentes de assistência social na área da saúde, atendendo aos requisitos estipulados.

A contratação com entidades privadas com fins lucrativos na Saúde Complementar revelou-se Constitucionalmente possível face à necessidade persistente de complementação na atenção e assistência à saúde, na esfera do SUS, após ter sido dada preferência às entidades filantrópicas e diante das dificuldades encontradas em se implementar o Sistema na forma da Lei que o instituiu – Lei nº 8.080/90 – em todas as localidades do extenso território brasileiro, conforme todos os princípios e diretrizes que devem ser atendidos na execução da saúde pública para fins de garantir a cobertura assistencial, em caráter universal e gratuito, que possibilite a efetiva proteção, recuperação, promoção da saúde.

Além disso, aventou-se de que o SUS parece carecer de regulação mais minudente, sobretudo no que tange à participação privada em sua esfera, porquanto apresenta algumas irregularidades em seu funcionamento. Os ajustes que se dão entre entidades públicas e privadas apenas no plano fático, sem atender às exigências legais da formalização destes por meio dos instrumentos aptos para tanto, padecem de irregularidade, de modo que o interesse público resta, ilegalmente e muitas vezes, submetido aos desígnios da instituição privada, sem que se proceda à devida fiscalização, controle e avaliação por parte da Administração Pública. O atendimento aos limites da participação das instituições privadas no SUS - tais quais os incidentes sobre a escolha destas, à fiscalização incidente sobre elas, a especificação do objeto, por meio de parâmetros e relatórios bem definidos, a mensuração dos resultados por meio de uma gerência e administração organizada, eficaz e fiscalizadora, a estabilidade do vínculo e a responsabilidade compartilhada - muitas vezes deixa de ser realizado, inclusive pela infração às normas que impõem a celebração dos ajustes por meio dos instrumentos aptos, o que acarreta na perpetuação das dificuldades encontradas no SUS para se efetivar uma cobertura assistencial universal, descentralizada, gratuita e integralizada eficiente e eficaz quantitativamente e, sobretudo, qualitativamente.

A possibilidade da atuação privada no SUS é estabelecida para que se concretizem progressos na implementação dos princípios e diretrizes da LOS, porém, tal se encontra desfigurada principalmente pela informalidade com que têm sido realizados os ajustes, pelo caráter utilizado de financiamento (por produção de serviços), a aquisição desses serviços pelo Poder Público por meio do critério da oferta da iniciativa privada – nem sempre o critério da necessidade –, pelo mau uso do dinheiro público repassado pelo Poder Público na esfera da saúde, pela insuficiência/ausência da estipulação de metas bem definidas, quando da formação do ajuste, e do controle, fiscalização e avaliação por parte da Administração Pública, que se mostra precária e *a posteriori*, fator que leva a reflexão sobre se os mecanismos de controle não deveriam ser empenhados efetivamente durante toda a execução do ajuste – por meio de conselhos, por exemplo, que também respondam pelas negociações, a fim de garantir a legalidade do ajuste, o cumprimento de metas, o atendimento aos princípios e diretrizes do SUS, sem embargos da garantia da flexibilização necessária para a correta e eficiente atuação privada.

A Portaria 1.034/2010 MS revelou-se um instrumento de avanço no que tange à solução dos obstáculos correntes no âmbito do SUS. No entanto, ainda tem se buscado na doutrina, na política legislativa e nas decisões jurisprudenciais, solução de resolubilidade efetiva para dar ao SUS o verdadeiro sentido, no plano em concreto, para o qual fora criado, conforme se pôde depreender do histórico de sua instituição, bem como do momento social, político e econômico em que fora instituído.

Não obstante as formas Constitucionalmente previstas para se empreender os ajustes na área da Saúde Complementar, reproduzidas no texto legal do SUS e pormenorizadas na Portaria 1.034/10, exsurgiram, ao longo do tempo, dois novos modelos legalmente previstos de participação privada na saúde pública: em 1998, as Organizações Sociais, atuantes na saúde pública pela via do contrato de gestão, submetido ao regime de direito público, que abarca tão somente entidades sem fins lucrativos em um dos polos da relação; em 2004, as Parcerias Público-Privadas que, por meio da concessão administrativa, firmam entre Estado e instituição privada com fins lucrativos a transferência temporária, em longo prazo, da execução dos serviços públicos de saúde (acoplada, ou não, à execução de obras de infraestrutura, instalação e equipamentos) daquele Constitucionalmente incumbido de tal função, em caráter obrigatório (Estado), àquele a quem é facultado a prestação de serviços de saúde (particular), em regime próprio ou, na Saúde Complementar, em regime jurídico de direito público.

Quanto à atuação das OS, o regime de publicização (previsto na Lei nº 9.637/98) prevê a transferência total de recursos já utilizados por ente público para a execução dos serviços de saúde, para que estes continuem a ser prestados pelas OS, sendo estas escolhidas, para tanto, por um crivo de Constitucionalidade questionável – ausência de licitação, de metas qualitativas e técnicas bem especificadas e vinculativas, e escolha das OS por órgão singular, a critério de conveniência e oportunidade. O fato de não haver previsão Constitucional para que seja utilizado o Contrato de Gestão como meio de firmar o ajuste na Saúde Complementar deixa margem a dúvidas sobre se aquele é dotado de Constitucionalidade para esse objetivo. Do mesmo modo, o fato de não estar prevista na Constituição, - e nos outros diplomas que regulam diretamente a Saúde Pública e a Saúde Complementar – a obrigatoriedade de inserção, no Contrato de Gestão, de cláusulas **expressas detalhadas o suficiente** para garantir o cumprimento dos princípios e diretrizes do SUS pelas OS que se propõem a executar serviços de saúde com o aparato estatal, também se impõe como óbice Constitucional à implantação da Saúde Complementar por essa via, sobretudo no que tange à dificuldade de controle sobre o que é estipulado na LOSUS e o que se está, de fato, implantando no seio da saúde pública. A norma da Lei nº 9.637/98 que remete diretamente à observância dos princípios do SUS, quando do emprego do Contrato de Gestão para formalizar o ajuste, é bastante genérica (não especifica, por exemplo, metas, percentuais a serem atendidos, o que é de cabal relevância para a averiguação do atendimento do Princípio da Universalidade, por exemplo, bem como para o controle de qualidade dos serviços oferecidos), e sequer obriga a observância das diretrizes do SUS – tão relevantes para a adequada implementação do Sistema quanto os princípios, conforme se esquadrinhou no Capítulo 4 deste trabalho.

Doutrinariamente, ainda, é debatida a Constitucionalidade do Contrato de Gestão com as OS, sobretudo pelo mandamento Constitucional que intitula o Estado como agente ao qual é dado o dever da saúde no seio da população, em consonância com o valor contido nas normas Constitucionais atinentes aos serviços sociais fundamentais.

Quanto às PPP na esfera da Saúde Complementar, fora possível observar que na modalidade de concessão administrativa – única passível de ser empregada no seio da saúde pública – o Estado delega, às entidades privadas com fins lucrativos, a implantação dos serviços de saúde, como objeto nuclear e necessário do contrato, podendo abarcar, à escolha dos contratantes, a construção da infraestrutura, instalações e fornecimento de materiais para compor a execução do contrato. O contrato, de direito público, precedido de licitação, deve prever o tempo de vigência, os valores a serem despendidos pelo Estado ao final da

disponibilização dos serviços, de modo a cobrir os custos que o ente privado obtém junto aos seus financiadores para a execução contrato, como também os lucros daquele. Precipualemente, trata-se de modelo enquadrado no artigo 199, que prevê a atuação privada de forma complementar na saúde pública. Diferentemente das OS, no entanto, o diploma legal não especifica as espécies de serviços de saúde que podem compor o objeto da contratação, de modo a não contemplar especificamente os serviços de saúde.

Entretanto, fora explicitado que é prevista, na legislação, a possibilidade de serem insertas, no contrato, cláusulas de garantia, ao particular contratante, e contragarantias ao financiador deste durante a execução dos serviços, além da instituição de um Fundo Garantidor de Parcerias que, como minudenciado no capítulo 7, não encontra respaldo legal nos diplomas de saúde que preveem que os recursos destinados à saúde pública devem estar vinculados a Fundos de Saúde. Todas essas garantias, se empregadas no contrato, acabam por acarretar um possível maior dispêndio por parte da Administração Pública, se comparado à atuação direta, uma vez que estas garantias podem ser fornecidas em dois níveis, uma a nível do particular contratante e outra a nível do financiador. Outra questão que se buscou estudar diz respeito à ausência, no texto normativo das PPP, de cláusula que vincule a Administração a limitações na contratação em saúde, pela via das concessões administrativas, concernentes à comprovação da insuficiência das disponibilidades para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, conforme apregoado pelo art. 24 da Lei do SUS, e art. 2º da Portaria do Ministério da Saúde, lembrando que, com relação a este último dispositivo, o § 3º impõe a aprovação do Conselho de Saúde e a inclusão no Plano de Saúde da necessidade comprovada da complementação dos serviços de saúde. Donde se infere que, em contraposição aos diplomas normativos de saúde, abre-se uma margem de atuação à Administração Pública exterior às exigências e determinações legais e normativas para a saúde pública, de incumbência estatal.

Os aprofundamentos realizados nos primeiros capítulos do trabalho acerca de todas as determinações constantes em diplomas normativos do SUS serviram não somente a delinear a forma de atuação direta das prestações de serviços de saúde, como também para demonstrar que são muitas as exigências feitas para a implementação e execução das ações de saúde pública, tanto no que diz respeito à ordem estrutural e administrativa, quanto em relação aos valores resguardados pela sistemática do SUS, demonstrando-se, por fim, que todas as normas existentes acerca da saúde pública devem ser estritamente observadas, sobretudo pelo seu caráter teleológico e axiológico – revela-se, portanto, que toda a formalidade legalmente

instituída visa a zelar para que sejam preenchidos os escopos primordiais de dignidade da pessoa humana sob o viés sanitário. Por essa razão, imperioso se faz que toda a atuação da entidade privada na Saúde Complementar seja condicionada à insuficiência real do Estado, e efetuada, mediante ajustes com o Poder Público, de modo a cumprir, precisamente, todas as regulamentações existentes para a saúde pública, sem o que resta esvaziado o intuito de transferir uma incumbência do Estado a instituições reguladas pelo regime jurídico de direito privado.

A par de todos os pareceres e estudos desenvolvidos pelos estimados juristas na área, sob diversos posicionamentos e embasamentos, parece que se faz premente uma reestruturação dos marcos jurídicos que abarcam, de alguma forma, a Saúde Complementar, a fim de integrá-los à sistemática do SUS sem que haja lacunas e vazios regulamentares a darem ensejo a inconstitucionalidades ou ilegalidades nas relações público-privadas envolvendo a saúde. Parece, então, que o ordenamento jurídico pátrio padece de textos normativos que sejam efetivamente integrados e complementados entre si quanto à regulamentação da Saúde Complementar, de modo a não se imporem juridicamente dicções e imperativos controversos, ou ao menos, lacunosos em âmbito de direito fundamental (como é o exemplo da Lei das OS e da utilização das PPP na Saúde Complementar). Em outras palavras, deve-se evitar a dispersão de normas a regular um mesmo setor, de forma tão abrangente que acabe por deixar nódoas na interpretação sistemática acerca do que está permitido, ou não, à Administração Pública fazer no âmbito da saúde pública (sobretudo pelo princípio da legalidade estrita que emana sobre o Direito Administrativo, além dos princípios de Direito Administrativo, de observância obrigatória).

Toda essa explanação foi feita, ainda, com o intuito de avaliar até que ponto os mecanismos e os limites de contratação na Saúde Complementar, previstos Constitucionalmente, estão sendo observados mediante os instrumentos de contratação legalmente previstos, e o modo como são utilizados. É de se asseverar que diante da generalidade de alguns dispositivos Constitucionais que regem a saúde, presentes detalhadamente na Seção II da Carta Magna, são realizadas interpretações diversas acerca de suas normativas, como, por exemplo, a abrangência do termo Complementar – a fim assimilar os limites da atuação privada no SUS -, a amplitude dos instrumentos de ajustes insertos nos termos “contratos de direito público e convênio”, o alcance das possibilidades de investimento do Estado ao particular, com ou sem fins lucrativos, na consecução dos objetivos do SUS, a obrigatoriedade da inserção de cláusulas, nesses instrumentos, que vinculem referencialmente



a entidade pública às exigências principiológicas, de diretrizes, financeiras, e de cumprimento de metas qualitativas e quantitativas.

Por fim, dado o caráter controverso de muitas questões que envolvem a Saúde Complementar – desde a natureza jurídica dos serviços de saúde, até os limites de atuação da entidade privada na participação privada na saúde pública -, o presente trabalho visou a explicitar, esquadrihar e detalhar as questões que têm sido discutidas acerca da temática, para provocar reflexões com o intuito de se desenvolver, de modo eficiente e legalmente, a Saúde Complementar, haja vista que a participação privada na saúde pública tem se mostrado imprescindível para fazer evoluir o SUS no seu escopo primordial de garantir a máxima efetivação do direito fundamental à saúde.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Raphael Augusto Teixeira de. **A Construção Internacional do conceito de Atenção Primária à Saúde (APS) e sua influência na emergência e consolidação do Sistema Único de Saúde no Brasil**. 2003.166 p. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Saúde Pública - Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALMEIDA FILHO, Naomar de. Reconhecer Flexner: inquérito sobre produção de mitos na educação médica no Brasil contemporâneo. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 12, Dez. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pi11X2010001200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pi11X2010001200003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 25 ago. 2012.

ANDRADE, João Tadeu de; COSTA, Liduina Farias Almeida da. Medicina Complementar no SUS: práticas integrativas sob a luz da Antropologia médica. **Saúde & Sociedade**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 497-508, 2010. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n3/03.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n3/03.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2012.

AQUINO, Márcia Lima de. **Celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos: é exigível ou não o processo licitatório?** 2009. 56 f. Monografia (Especialização em Auditoria Governamental) - Universidade Gama Filho, Brasília, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de Serviço Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 16, nov./dez./jan., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ASSIS, Gilmar de; PIUZANA, Laís de Souza. **Consulta para análise técnica sobre a responsabilidade do município na gestão da saúde e a licitude do chamado “Sistema de Credenciamento” para contratação de prestação de serviços e profissionais de saúde**. Minas Gerais: CAO - Saúde, 2010. p. 3. Parecer técnico jurídico nº 002/2010.

ASSIS, Marluce Maria Araújo et al. A expressão *saúde*, organização da rede de serviços e cuidado integral no SUS: descompassos entre o marco normativo e a legitimidade social. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, J. S. dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, J. S dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 333, de 4 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 dez. 2003. Seção 1, p. 57, col. 1.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). **Gestão e Financiamento do Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2008. Disponível em: <[http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd\\_14.pdf](http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd_14.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência de Média e Alta Complexidade no SUS**. Brasília: CONASS, 2007. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/coloc\\_progestores\\_livro9.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/coloc_progestores_livro9.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101 de 4 de Maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BRASIL. **Lei Complementar nº 141 de 13 de Janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.079 de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.101 de 27 de Novembro de 2009**. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2013.

BRASIL. **Lei nº 4.320 de 17 de Março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.637 de 15 de Maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Comitê Gestor de Implementação dos Dispositivos do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. **Planejamento do Sistema Único de Saúde.** Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id\\_area=993](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=993)>. Acesso em: 07 jan. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Entendendo o SUS.** Brasília: 2006. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha\\_entendendo\\_o\\_sus\\_2007.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf)>. Acesso em: 2 set. de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Humanização:** documento base para gestores e trabalhadores do SUS. Brasília, DF: 2004. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/doc\\_base.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/doc_base.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM nº 1.101.** Brasília, DF: 2002. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>>. Acesso em: 31 jun. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.203 de 5 de novembro de 1996.** Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203\\_05\\_11\\_1996.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html)>. Acesso em: 12 set. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares**: Atitude de ampliação de acesso. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle. **Manual de Orientações para contratação de serviços no Sistema Único de Saúde**. Brasília, DF: 2006. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/sas>>. Acesso em: 31 jun. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **PNASS – Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde**. Brasília, DF: 2004. Disponível em: <<http://pnass.datasus.gov.br/>>. Acesso em: 31 jun. 2013.

BRASIL. **Portaria do Ministério da Saúde nº 1.034 de 5 de maio de 2010**. Dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt1034\\_05\\_05\\_2010\\_rep.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt1034_05_05_2010_rep.html)>. Acesso em: 05 jan. 2013.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 127 de 29 de Maio de 2008**. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.conveniosfederais.com.br/Portarias/InterMin127\\_08\\_busca\\_nova.html](http://www.conveniosfederais.com.br/Portarias/InterMin127_08_busca_nova.html)>. Acesso em: 15 mai. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de entrega de correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de junho de 1978. Ato normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao serviço postal. Previsão de Sanções nas hipóteses de violação do privilégio postal. Compatibilidade com o sistema Constitucional vigente. Alegação de afronta ao disposto nos Arts. 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos princípios da livre concorrência e livre iniciativa. Não caracterização. Arguição julgada improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao art. 42 da Lei nº 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no. Art. 9º da Lei. Acórdão em ADPF 46. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020. 05 Ago. 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712236/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-46-df>>. Acesso em: 09 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Pet. nº 1246**. Relator: Ministro Celso de Mello. Santa Catarina, 31 jan. de 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas. **Plenário TC 034.910/2011-5**. Natureza: Relatório de Auditoria Operacional. Unidade: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG.

Interessado: Tribunal de Contas da União. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/006.076-2013-0%20contratos%20de%20repasse%20da%20caixa.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/006.076-2013-0%20contratos%20de%20repasse%20da%20caixa.pdf)>. Acesso em: 06 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 2º Grupo de Cam. Cíveis. Constitucional e Administrativo. Direito à Saúde. Tratamento de leucemia. Medicamento não previsto em lista oficial. Dever de fornecimento pelo Estado. Direito Não absoluto. Necessidade de demonstração da carência do paciente. **Súmula 18 do TJPE**. Acórdão em Agravo Regimental n. 196411 PE 01964116. Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto. DJ, 09 dez. 2009. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15548163/agravo-regimental-agr-196411-pe-01964116>>. Acesso em 22 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Câmara Cível. **Apelação nº 426.165-4**. Relator: Juiz convocado Eduardo Sarrão. Diário de Justiça do Estado nº 7.684, 22 de Agosto de 2008. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6158783/apelacao-civel-ac-4261654-pr-0426165-4>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 6.170 de 27 de Julho de 2007**. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2013.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. O sistema de controle interno e as entidades do Terceiro Setor: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (Coord.). **Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde**. Planejamento e Políticas públicas, Brasília, n. 3, p. 140, jun. 1990.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Obrigações Administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o Público e o Privado: o Desafio da Alocação Social Dos Recursos Sanitários Escassos**. Curitiba: Juruá, 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HARADA, Kiyoshi. Parceria Público-Privada. Parecer. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, Editora NDU, n. 3, p. 308-315, mar. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Convênios Administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual**. 2011. 430 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. **Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde**. 2009. 306 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, João Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

MATTA, Gustavo Corrêa; MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães. Atenção à saúde. In: Fundação Oswaldo Cruz. – Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. **Dicionário da Educação profissional em Saúde**. 2009. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/atesau.html>> Acesso em: 30 set. 2012.

MEDAUAR, Odete. Serviços Públicos e serviços de interesse econômico geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.) **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MERHY, Emerson Elias. O ato de governar as tensões constitutivas do agir em saúde como desafio permanente de algumas estratégias gerenciais. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81231999n&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81231999n&nrm=iso)>. Acesso em: 13 nov. 2012.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para parcerias público-privadas. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 2 ago. 2012.

MUSETTI, Dinorá Adelaide. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As Organizações Sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias na saúde: reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei Federal nº 11.350/2006**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm> >. Acesso em: 27 ago. 2012.

POMPEU, João Cláudio Basso. **A Situação Contratual da Rede Hospitalar Privada Vinculada ao SUS: alguns elementos para reflexão**. 2004. 183 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão de Sistemas e Serviços da Saúde) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Mato Grosso do Sul, 2004.

POZZO, Augusto Neves Dal. **Aspectos Fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, J. S dos. (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.



ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Marcelo Henrique do. **SUSreal**. Março, 2011. Disponível em: <http://susreal.blogspot.com.br/2011/03/importancia-do-conceito-de-relevancia.html>. Acesso em: 11 mai. 2013.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 65 f. Monografia (Especialização em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAÚDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf). Acesso em: 15 abr. 2013.

SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. O modelo Nacional de Parcerias Público-privadas (PPP). In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito Administrativo: doutrinas essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 5.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES JÚNIOR, Jessé. **Comentários à Lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VAN STRALEN, Cornelis Johannes et al. Conselhos de Saúde: efetividade do controle social em municípios de Goiás e Mato Grosso do Sul. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, set. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141381232006000300011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232006000300011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 2 set. 2012.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.