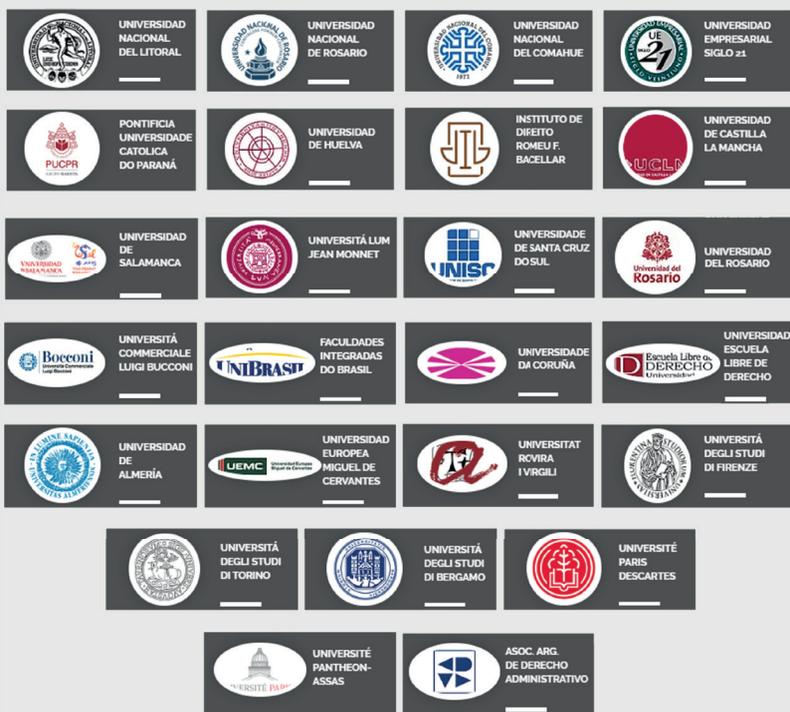


# REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 5 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2018 | ISSN 2362-583X  
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo  
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE  
EUROLATINOAMERICANA  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



## A integração da iniciativa privada ao sistema público de saúde brasileiro: limites e possibilidades

*The integration of the private initiative to the Brazilian public health system: limits and possibilities*

BÁRBARA MENDONÇA BERTOTTI<sup>I,\*</sup>

<sup>I</sup> Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Brasil)  
barbarabmmab@gmail.com

SAULO LINDORFER PIVETTA<sup>II,\*\*</sup>

<sup>II</sup> Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Brasil)  
saulolpivetta@gmail.com

**Recibido el/Received:** 02.08.2019 / August 2<sup>nd</sup>, 2019

**Aprobado el/Approved:** 21.11.2019 / November 21<sup>st</sup>, 2019

### RESUMO:

O objetivo deste trabalho é analisar os limites e possibilidades de atuação da iniciativa privada no âmbito do sistema público de saúde brasileiro. Inicialmente, será analisado o Sistema Único de Saúde (SUS), como estrutura pública de efetivação do direito à saúde no Brasil, especialmente suas diretrizes, quais sejam: (i) descentralização; (ii) atendimento integral; e (iii) participação da comunidade. Também serão analisados os dispositivos legais que autorizam a participação complementar no SUS. Por fim, serão apresentados os modelos de ajuste e os procedimentos a serem seguidos para a mencionada convivência entre os prestadores públicos e os prestadores privados, com a apresentação das formas jurídicas

### ABSTRACT:

*The objective of this study is to analyze the limits and possibilities of action of the private initiative within the Brazilian public health system. Initially, the "Sistema Único de Saúde" (SUS) will be analyzed as a public structure for the realization of the right to health in Brazil, especially its directives, namely: (i) decentralization; (ii) integral care; and (iii) community participation. Also will be analyzed the legal provisions that authorize the complementary participation in SUS. Finally, the models of adjustment and the procedures to be followed will be presented for the aforementioned coexistence between public providers and private providers, with the presentation of legal forms of private sector participation in the*

Como citar este artículo | *How to cite this article:* BERTOTTI, Bárbara Mendonça; PIVETTA, Saulo Lindorfer. A integração da iniciativa privada ao sistema público de saúde brasileiro: limites e possibilidades. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 239-265, jul./dic. 2018. DOI: 10.14409/redoeda.v5i2.9101

\* Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Brasil). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para.Mulheres.

\*\* Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Brasil).



de participação da iniciativa privada no SUS, sob uma perspectiva crítica. A conclusão a que se chega é que a relação público-privada na área da saúde exige um Estado que transcenda a subsidiariedade, a fim de se garantir o atendimento das prescrições constitucionais, inclusive a justiça social, a emancipação do indivíduo e o fim das desigualdades. A metodologia utilizada é a lógico-dedutiva, a partir de uma pesquisa qualitativa e exploratória acerca da participação da iniciativa privada no SUS, com revisão normativa e bibliográfica sobre a temática.

*SUS, under a critical perspective. The conclusion reached is that the public-private relationship in the health area requires a state that transcends subsidiarity, in order to ensure compliance with constitutional prescriptions, including social justice, the emancipation of the individual and the end of inequalities. The methodology used is the logical-deductive one, based on a qualitative and exploratory research about the participation of the private initiative in the SUS, with normative and bibliographic review on the subject.*

**Palavras-chave:** Brasil; direito à saúde; sus; iniciativa privada; parcerias na saúde.

**Keywords:** Brazil; right to health; SUS; private initiative; partnerships.

## SUMÁRIO:

**1.** Introdução; **2.** Estrutura federativa do direito à saúde no Brasil; **3.** Diretrizes do Sistema Único de Saúde; **4.** Participação complementar da iniciativa privada no SUS; **5.** Parcerias do poder público com a iniciativa privada voltadas à prestação de serviços públicos de saúde: um olhar crítico; **6.** Formas de participação da iniciativa privada no âmbito da saúde; **7.** O reconhecimento da constitucionalidade das parcerias no setor de saúde pelo STF: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923; **8.** Conclusões; **9.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Incumbe ao Estado o dever de efetivação do direito à saúde, cuja jusfundamentalidade encontra-se assentada na Constituição de 1988.<sup>1</sup> Cabe então à Administração Pública concretizar tal direito, sobre ela recaindo a obrigação de empreender ações positivas que satisfaçam os direitos fundamentais sociais para além do mínimo existencial, como forma de reduzir as desigualdades existentes entre as diversas posições sociais.<sup>2</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro, particularmente a Constituição de 1988, autoriza a integração da iniciativa privada ao sistema público de saúde. Contudo, faz-se necessário delimitar essa complementariedade, tendo em vista que a normatização legal nem sempre é precisa na determinação das balizas, o que abre margem para entendimentos diversos relativos ao papel do Poder Público.

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 2012. p. 63.

<sup>2</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 344.



Com a “privatização”<sup>3</sup> propugnada na década de 1990 pela Reforma Gerencial,<sup>4</sup> buscou-se reduzir o tamanho do Estado. Este, a partir do princípio da subsidiariedade, só deveria interferir onde houvesse incapacidade de atendimento ao interesse público por parte da iniciativa privada. Desde já, salienta-se que não se concorda com este entendimento, tendo em vista a essencialidade do Estado no âmbito prestacional dos serviços sociais. O Poder Público, apesar de se utilizar de parcerias com a iniciativa privada como meio eficiente de promoção dos direitos fundamentais, deve se manter ativo, exercendo seu papel de ator principal.

Especificamente no âmbito da saúde é possível identificar modelos de parcerias do Poder Público com a iniciativa privada que se mostram inadequados, tendo em vista os contornos constitucionais e legais da matéria.<sup>5</sup>

Sendo assim, a partir da relevância e atualidade do tema, o recorte teórico deste artigo abordará o Sistema Único de Saúde (SUS) como estrutura pública de efetivação do direito fundamental à saúde, suas diretrizes e a possibilidade legal de coexistência com a iniciativa privada, bem como as formas de concretização dessa convivência a partir de uma perspectiva crítica. Por fim, será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de tais parcerias no âmbito da saúde.

## 2. ESTRUTURA FEDERATIVA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde no Brasil só foi positivado na Constituição Federal de 1988, que o consagrou como direito de todos e transferiu para o Estado o dever de garantir assistência à saúde de modo universal. Além disso, objetivando garantir a efetivação deste direito, a Carta Maior delineou as funções do Estado, especialmente: (i) estabelecendo as diretrizes da política de saúde a ser adotada;<sup>6</sup> (ii) atribuindo à lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde;<sup>7</sup> (iii) determinando que a regulamentação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei;<sup>8</sup> e (iv) assumindo o dever de prestar serviços públicos de saúde, direta ou indiretamente, mediante a participação complementar da iniciativa privada.

<sup>3</sup> Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o termo “privatização” pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19.

<sup>4</sup> No Brasil os objetivos da reforma ficaram expressos no Plano Diretos da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado - MARE - e aprovado em 21/09/1995.

<sup>5</sup> Estima-se que os gastos com saúde no Brasil poderão atingir entre 20% e 25% do PIB em 2030, de atuais 9%. GUIMARÃES, Lígia. Gasto com saúde no Brasil pode chegar a um quarto do PIB, diz estudo. Disponível em: <https://bit.ly/2XqeQ6L>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>6</sup> As diretrizes do SUS serão tratadas no tópico 2 deste trabalho.

<sup>7</sup> Parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo 198 da Constituição Federal.

<sup>8</sup> Artigo 197 da Constituição Federal.



O Artigo 198, *caput*, da CF/1988 estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (...). Com isso, depreende-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado para atender ao disposto neste artigo constitucional, compondo a estrutura pública de efetivação do direito à saúde no Brasil.

O SUS, apesar de não ser dotado de personalidade jurídica própria, tanto articula as ações e serviços de saúde prestados em todos os níveis da federação, quanto coordena os diversos atores e estruturas envolvidos com as políticas sanitárias. Conforme, assim, uma estrutura jurídica complexa, que envolve a participação de vários órgãos da Administração Pública direta (como o Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais), de entes da Administração Indireta (como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, os hospitais universitários vinculados às universidades públicas), de pessoas de direito privado (como Organizações Sociais e hospitais filantrópicos), e dos Conselhos e Conferências de Saúde, que possibilitam a participação comunitária na formulação e gestão das políticas sanitárias. A atuação destes atores se dá de maneira harmonizada, a partir das mesmas diretrizes e com objetivos relacionados.<sup>9</sup>

A atuação regionalizada do SUS permite a adaptação das ações e dos serviços de saúde ao perfil epidemiológico local. Por isso, a municipalização é a principal forma pela qual se densificam as diretrizes de descentralização e regionalização do SUS, não obstante aperfeiçoamentos e ajustes sejam sempre necessários.<sup>10</sup> A própria Lei nº 8.080/90 estabelece que o planejamento do SUS será ascendente, partindo do nível local ao federal.<sup>11</sup>

Já a rede “hierarquizada” é elaborada a partir de uma sucessão de três graus: o atendimento primário, o atendimento secundário e o atendimento terciário. Este modelo é recomendado pela Organização Panamericana de Saúde e pela Organização Mundial de Saúde, pois viabiliza um planejamento adequado e maior eficiência na gestão dos recursos públicos.

O atendimento primário é o primeiro nível de atenção à saúde, a “porta de entrada” do sistema. A população tem acesso a especialidades básicas, que são: clínica médica (clínica geral), pediatria, obstetrícia e ginecologia. Estudos demonstram que a atenção

<sup>9</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 124-125.

<sup>10</sup> O município é o principal responsável pela saúde pública de sua população. A partir do Pacto pela Saúde, assinado em 2006, o gestor municipal passa a assumir imediata ou paulatinamente a plenitude da gestão das ações e serviços de saúde oferecidos em seu território. Além disso, a partir do referido pacto os estados e municípios poderão receber os recursos federais por meio de cinco blocos de financiamento: (i) atenção básica; (ii) atenção de média e alta complexidade; (iii) vigilância em saúde; (iv) assistência farmacêutica; e (v) gestão do SUS. Antes do pacto, havia mais de 100 formas de repasses de recursos financeiros, o que trazia algumas dificuldades para sua aplicação. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entendendo o SUS (cartilha)**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Xr4Z0i>>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>11</sup> Artigo 36 da Lei Orgânica da Saúde.



básica é capaz de resolver cerca de 80% das necessidades e problemas de saúde. Caso necessário, o paciente é “referenciado” para os níveis mais complexos (secundário ou terciário).<sup>12</sup>

Vale ressaltar que, apesar da utilização do termo “hierarquizada”, não há hierarquia entre União, estados e municípios, mas sim competências distintas para cada um desses três gestores do SUS.<sup>13</sup> O Artigo 200, *caput*, da CF/1988 estabelece a competência e atribuições do SUS, remetendo a sua disciplina à lei, nos termos dos Artigos. 23, II e 24, XII, da CF.<sup>14</sup>

No âmbito municipal, as políticas são aprovadas pelo Conselho Municipal de Saúde (CMS); no âmbito estadual, são negociadas e pactuadas pela Comissão Intergestores Bipartite (CIB - composta por representantes das secretarias municipais de saúde e secretaria estadual de saúde) e deliberadas pelo Conselho Estadual de Saúde (CES - composto por vários segmentos da sociedade: gestores, usuários, profissionais, entidades de classe, etc.); e, por fim, no âmbito federal, as políticas do SUS são negociadas e pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite (CIT - composta por representantes do Ministério da Saúde, das secretarias municipais de saúde e das secretarias estaduais de saúde).<sup>15</sup>

Percebe-se que a gestão administrativa do SUS é articulada e organizada, com esferas de decisão bem delineadas, em que cada nível de gestão possui gestores responsáveis. Deverá haver direção única em cada esfera de governo:<sup>16</sup> (i) no âmbito da União,

<sup>12</sup> No Sistema Único de Saúde, há o que se chama de referencialização, uma estratégia de atendimento onde, para cada tipo de enfermidade, há um local de referência para o serviço. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entendendo o SUS (cartilha)**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Xr4Z0i>>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>13</sup> O legislador se utiliza da modalidade “cooperação” para repartir as competências entre os entes federados. Essa modalidade distingue-se da coordenação, que se caracteriza por permitir ao ente federado agir autônoma ou isoladamente na consecução do objetivo constitucionalmente traçado. Já na cooperação, as decisões quanto às políticas sanitárias devem ser realizadas conjuntamente por todos os entes federados, embora a execução muitas vezes possa ser realizada por apenas um ente. BERCOVICCI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 3, n. 1, p. 13-28, mar. 2002. p.15.

<sup>14</sup> Artigo 200 da CF: “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 e a inovação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015); 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>15</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entendendo o SUS (cartilha)**. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>16</sup> Artigo 198, I, da CF/1988.



pelo Ministério da Saúde;<sup>17</sup> (ii) no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente;<sup>18</sup> (iii) no âmbito dos Municípios, também pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.<sup>19</sup> A Lei Orgânica da Saúde prevê a constituição de consórcios pelos municípios para desenvolver em conjunto as ações e serviços de saúde.<sup>20</sup> Ainda, no nível municipal admite-se a divisão administrativa da gestão do SUS em distritos, de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.<sup>21</sup>

O Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/90, disciplina o instrumento jurídico do acordo pactuado entre os entes federativos sobre a rede de atenção à saúde, denominado “Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde”, que visa organizar e integrar as ações e serviços de saúde a cargo de cada nível de gestão do SUS, definindo as responsabilidades de cada um, os critérios de avaliação de desempenho e os recursos financeiros que serão demandados.<sup>22</sup>

Importante salientar que a repartição de competências, conforme indicada na Lei Orgânica da Saúde, é alterável, pois dependendo da estrutura e das condições de cada estado ou município a forma de adesão ao SUS é diferenciada. A Norma Operacional Básica do SUS 01/96 estabelece dois níveis de gestão em relação às esferas municipal e estadual. Os municípios, caso preencham os requisitos da NOB, poderão se habilitar como: (i) gestão plena da atenção básica ou (ii) gestão plena do sistema municipal. Os estados, por sua vez, poderão se habilitar como (i) gestão avançada do sistema estadual ou (ii) gestão plena do sistema estadual. A habilitação em uma ou outra modalidade é que determinará quais as prerrogativas e responsabilidades que recairão sobre cada gestor.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> O Artigo 16 da Lei Orgânica da Saúde estabelece as competências da direção nacional do SUS, dentre elas: formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição (inciso I) e participar na formulação e na implementação das políticas de controle das agressões ao meio ambiente, de saneamento básico e relativas às condições e aos ambientes de trabalho (inciso II).

<sup>18</sup> As direções estaduais devem, pelo Artigo 17, I, da Lei nº 8.080/90, promover a descentralização para os municípios das ações e serviços de saúde. Para tanto, devem prestar apoio técnico e financeiro às municipalidades, de modo que apenas de maneira supletiva caberá ao Estado a execução direta dos serviços (inciso III). Ainda, devem participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico (inciso VI) e estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde (inciso XI), dentre outros.

<sup>19</sup> As competências da direção municipal estão elencadas no Artigo 18 da Lei nº 8.080/90.

<sup>20</sup> Artigo 10, *caput*, da Lei nº 8.080/90. Os consórcios públicos são disciplinados pela Lei nº 11.107/2005.

<sup>21</sup> Artigo 10, §2º, da Lei nº 8.080/90.

<sup>22</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 136.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 137.



### 3. DIRETRIZES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Para organizar a estrutura jurídica desse sistema que, repentinamente, modificou a política sanitária brasileira, foram estabelecidas diretrizes gerais que orientam a conformação geral de gestão da saúde pública. O Artigo 198 da CF/1988 elenca tais diretrizes, quais sejam: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e (iii) participação da comunidade.

A diretriz da descentralização estabelece que haja direção única em cada esfera de governo (federal, estadual e municipal) e que cada nível de atuação possua gestores responsáveis, mediante os quais são definidas estratégias e repartidas as responsabilidades pelas ações e serviços de saúde.

A diretriz da integralidade determina que a cobertura oferecida pelo SUS deva ser a mais ampla possível, em termos assistenciais – o que evidentemente não afasta a existência de certos limites, sobretudo técnicos. A Lei nº 8.080/90, em seu Artigo 7º, II, definiu que a integralidade na assistência compreende 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”.

Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner asseveram que a integralidade é guiada pelos princípios da precaução e prevenção, que por se conectarem às noções de eficácia e segurança, conferem prioridade às atividades preventivas, tanto às ações de medicina preventiva, quanto, em sentido mais amplo, às ações de vigilância sanitária, saneamento básico e à garantia de um ambiente sadio e equilibrado. Ademais, há mais dois princípios informadores da integralidade das prestações: o da razoabilidade e o da eficiência.<sup>24</sup> A partir deles, não se considera razoável um tratamento cuja eficácia não esteja comprovada, ou que acarrete sérios riscos à saúde da coletividade, por exemplo. Ainda, o princípio da integralidade “remete à ideia de que os serviços de saúde devem ser tomados como um todo, harmônico e contínuo, de modo que sejam simultaneamente articulados e integrados em todos os aspectos (individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional) e níveis de complexidade do SUS”<sup>25</sup>

A lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, veio incluir os artigos 19-M a 19-U à Lei nº 8.080/90, que delimitam a assistência terapêutica integral, além de disciplinar o mecanismo de inserção de novas tecnologias ao SUS. O Artigo 19-M determina que a prescrição para a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde esteja

<sup>24</sup> Os autores ressaltam que tais princípios não devem ser vistos pela óptica economicista e utilitarista.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluisio Lunes Monti Ruggeri. (Org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 123-124.



adequada aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas adotados pelo SUS.<sup>26</sup> A seu turno, o Artigo 19-Q atribui à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias competência para assessorar tecnicamente o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração dos medicamentos, produtos e procedimentos do SUS. Tais mudanças devem ser realizadas mediante processo administrativo, em que se assegura a consulta pública ao parecer emitido pelo órgão estatal e, se a relevância da matéria exigir, a realização de audiência pública. Contudo, é de se ressaltar que há casos em que os tratamentos e remédios elencados nos protocolos e diretrizes não sejam adequados a determinados casos médicos. Nesses casos, a regra supracitada deve ser afastada.<sup>27</sup>

Ainda, a assistência terapêutica integral também engloba a oferta de procedimentos terapêuticos em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.<sup>28</sup>

O Artigo 6º da Lei Orgânica da Saúde estabelece um extenso rol de obrigações que deverão compor a abrangência de atuação do SUS.<sup>29</sup> Assim, a diretriz da integralidade engloba medidas preventivas e assistenciais, em consonância com o conceito amplo de saúde do ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição Federal de 1988.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Protocolo clínico e diretriz terapêutica é o documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravamento à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS (Artigo 19-N, II, da Lei nº 8.080/90). O Artigo 19-P desta lei dispõe que, na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

<sup>27</sup> Limitações como a apresentada pela Portaria MS/SAS 90/2011, que veda por critério estatístico o acesso dos cidadãos a tratamentos de saúde violam a diretriz da integralidade e são consideradas inconstitucionais.

<sup>28</sup> Artigo 19-M, II, da Lei Orgânica da Saúde.

<sup>29</sup> Artigo 6º da Lei nº 8.080/90: "Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; ed) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados".

<sup>30</sup> Esse conceito amplo encontra fundamento no Artigo 3º da Lei nº 8.080/90.



Notabiliza-se que a diretriz da integralidade não coloca toda e qualquer prestação assistencial no conteúdo do direito à saúde exigível do Estado.<sup>31</sup> Outrossim, deve ser entendida como a obrigação de o Poder Público formular políticas públicas que englobem as ações e serviços necessários à garantia da saúde física, mental e social de todos os cidadãos. Essa formulação deve se dar com base nos critérios estatuídos em lei e na Constituição.<sup>32</sup>

Com relação à diretriz da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, encontra-se regulada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 e se realiza por meio dos representantes da sociedade civil junto às sucessivas Conferências de Saúde,<sup>33</sup> que têm competência para fazer proposições às políticas de saúde em cada um dos níveis da federação; perante os Conselhos de Saúde,<sup>34</sup> que atuam no planejamento e controle do SUS, aí incluído o financiamento do sistema, bem como na viabilização de um canal para a participação popular, com a análise de propostas e denúncias; e, ainda, no âmbito das agências reguladoras (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Câmara de Saúde Suplementar da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, etc.).<sup>35</sup>

Essas maneiras de participação revelam a faceta democrático-participativa do direito à saúde,<sup>36</sup> efetivado como direito à participação na organização e no procedimento, e que guarda estreita relação com a ideia de um *status activus processualis*, tal qual defendida por Peter Häberle.<sup>37</sup>

A Conferência de Saúde, segundo Artigo 1º, §1º, da Lei nº 8.142/1990, é composta por representantes dos vários segmentos sociais, que se reúnem a cada quatro anos

<sup>31</sup> Como direito fundamental, o direito à saúde sujeita-se às reservas de ponderação, do politicamente oportuno ou adequado e da reserva do financeiramente possível. Para análise mais detida sobre o tema, conferir: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

<sup>32</sup> PIVETTA, 2014. p. 130.

<sup>33</sup> Nestas, representantes de vários segmentos sociais discutem e fazem proposições para as políticas de saúde em cada um dos níveis da Federação.

<sup>34</sup> Os Conselhos de Saúde, organizados nos três níveis de governo, são órgãos permanentes e deliberativos, que atuam no planejamento e controle do SUS, inclusive no que toca ao seu financiamento, sendo compostos por representantes do governo, prestadores privados, profissionais da saúde e cidadãos. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluisio Lunas Monti Ruggeri. (Org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p.124.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < <https://bit.ly/2LPkPFW>>. Acesso em: 26 maio 2018. p. 14.

<sup>36</sup> A possibilidade de os cidadãos participarem das decisões políticas do Estado é chamada de democracia participativa. Por meio desta, a própria sociedade se democratiza, visto não se tratar somente de definir quem será o responsável pela decisão final, se os representantes eleitos (democracia representativa) ou se o próprio povo (democracia direta). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 191, p. 26-39. 1993. p. 32.

<sup>37</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p.124.



para avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para a formulação da política de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>38</sup>. Trata-se de órgão que viabiliza a participação de amplos setores da sociedade, erigido a fórum que viabiliza a constante reflexão acerca das ações e serviços de saúde desenvolvidos pelo Estado.<sup>39</sup>

Já o Conselho de Saúde é órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, e diversamente da Conferência de Saúde, tem caráter permanente e deliberativo, atuando na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde no seu respectivo nível (federal, estadual ou municipal), inclusive nos aspectos econômico e financeiro.<sup>40</sup> Ainda, o Decreto nº 7.508/2011, em seu Artigo 15, §3º, estabelece a necessidade de o Conselho Nacional de Saúde estabelecer as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, de acordo com as características epidemiológicas e da organização de serviços nos entes federativos e nas Regiões de Saúde.

Ressalta-se que a atuação popular se configura como relevante instrumento de controle e avaliação da atuação dos gestores públicos, tanto para fiscalizar a adequada utilização dos recursos orçamentários, quanto para avaliar a execução de políticas públicas.<sup>41</sup>

#### 4. PARTICIPAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA NO SUS

A Constituição brasileira faz referência expressa à participação privada no sistema público de saúde. Tal previsão densifica o princípio da eficiência,<sup>42</sup> de modo que as

<sup>38</sup> A 15ª Conferência Nacional de Saúde realizada em maio de 2015 teve como objetivos: (i) reafirmar, impulsionar e efetivar os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS, para garantir a saúde como direito humano, a sua universalidade, integralidade e equidade do SUS, com base em políticas que reduzam as desigualdades sociais e territoriais, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, e nas leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990; (ii) mobilizar e estabelecer diálogos com a sociedade brasileira acerca do direito à saúde e em defesa do SUS; (iii) fortalecer a participação e o controle social no SUS, com ampla representação da sociedade em todas as etapas da 15ª Conferência Nacional de Saúde; (iv) avaliar a situação de saúde, elaborar propostas a partir das necessidades de saúde e participar da construção das diretrizes do Plano Plurianual - PPA e dos Planos Municipais, Estaduais e Nacional de Saúde, no contexto dos 25 anos do SUS; (v) aprofundar o debate sobre as reformas necessárias à democratização do Estado, em especial as que incidem sobre o setor saúde. CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 501, de 7 de maio de 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2A4m6wU>>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>39</sup> PIVETTA, 2014. p. 144.

<sup>40</sup> A Resolução 453 do Conselho Nacional de Saúde estabelece as diretrizes para a instituição, reformulação, reestruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resoluções**. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_12.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_12.htm)>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>41</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 146.

<sup>42</sup> Aqui entendida para além do âmbito econômico. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p.91. Desse posicionamento, discorda Egon Bockmann



opções constitucionais devem ser tomadas, ao menos *a priori*, como as mais eficientes para a efetivação do direito à saúde. Com isso, torna-se imperiosa a delimitação do caráter complementar de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde.

No texto constitucional são dois os dispositivos que expressamente preveem a participação privada: (i) o Artigo 197 dispõe que “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”; (ii) o Artigo 199 preceitua que “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>43</sup> Ainda, o texto constitucional prevê duas vedações: destinação de recursos públicos (a título de auxílio ou subvenção) para entidades com fins lucrativos<sup>44</sup> e a participação, direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.<sup>45</sup>

Quanto à legislação ordinária, a participação privada na prestação de serviços públicos de saúde encontra-se consubstanciada, sobretudo, na Lei nº 8.080/90, conhecida por Lei Orgânica da Saúde: (i) o parágrafo segundo do artigo 4º da referida lei, meramente repete a previsão constitucional do caráter complementar da participação privada no SUS;<sup>46</sup> (ii) o artigo 7º da lei também trata do tema e induz certa confusão ao mencionar serviços públicos de saúde e serviços contratados e conveniados, como se

---

Moreira, conforme se observa na obra: MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>43</sup> Tal preferência constitucional pelas entidades filantrópicas - hoje denominadas entidades beneficentes de assistência social, regidas pela lei nº 12.101/2009- e pelas entidades sem fins lucrativos tem como objetivo obstar a mercantilização dos serviços públicos de saúde segundo ocorreu no período anterior à CF/1988. MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 188.

<sup>44</sup> Artigo 199, §2º da CF/1988.

<sup>45</sup> Artigo 199, §3º da CF/1988. A lei nº 13.097/15, em seu Artigo 23, veio disciplinar alguns casos em que a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde é permitida: I - doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos; II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar: a) hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínica especializada; e b) ações e pesquisas de planejamento familiar; III - serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.

<sup>46</sup> Artigo 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”.



a segunda categoria não fosse também qualificada como serviço público – assumido pelo Estado como sua responsabilidade e executado por terceiros a ele vinculados;<sup>47</sup> (iii) o Artigo 24 da lei inova, ao dispor que “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”.

Entretanto, os dispositivos da Lei Orgânica da Saúde que tratam da participação privada complementar não são precisos na definição dos limites, dos modelos de ajuste e dos procedimentos a serem seguidos para a mencionada convivência entre os prestadores públicos e os prestadores privados – ambos integrantes do Sistema Único de Saúde.

Com relação à complementaridade da iniciativa privada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que é relativa à execução de determinadas atividades complementares aos serviços do SUS, mediante remuneração pelos cofres públicos. Ainda, devido à prestação de serviço público estar sempre subordinada a um regime jurídico de direito público, mesmo que parcialmente, o Poder Público não pode dele abrir mão para transferi-lo a terceiros, ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde. O que deve ocorrer é que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, complemente as ações e serviços de saúde quando exaurida a capacidade do Poder Público de ofertá-los.<sup>48</sup>

Concorda-se com o posicionamento adotado por Floriano de Azevedo Marques Neto, que sustenta que a participação privada complementar na prestação de serviços de saúde deve ser entendida com base na ideia de subsidiariedade,<sup>49</sup> já que a iniciativa privada, segundo tal entendimento, apenas deve prestar serviços públicos de saúde

---

<sup>47</sup> Artigo 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: (...)”. Este tratamento legal pode conduzir a equívocos, já que no gênero serviços públicos de saúde podem ser encontrados tanto serviços prestados diretamente pelo Estado quanto serviços contratados e conveniados. Tal entendimento, resta evidenciado no artigo 8º da lei, que insere os serviços prestados pela iniciativa privada na própria organização do subsistema público de saúde. Eis o que dispõe referido dispositivo: “as ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente”.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 186.

<sup>49</sup> Análise profunda sobre o tema é realizada na obra: GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Tarso Cabral Violin sustenta que a aplicação do princípio da subsidiariedade nos países subdesenvolvidos nos remete à necessidade de um Estado interventor e prestador de serviços, uma vez que o “terceiro setor” e o mercado não são suficientes para garantir a emancipação do indivíduo, o fim das desigualdades e uma sociedade justa. VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 278.



nos casos de deficiência do Estado em fazê-lo diretamente – e não o contrário.<sup>50</sup> Esse entendimento é reforçado em razão do disposto expressamente no Artigo 24 da Lei nº 8.080/90, que condiciona a ativação das parcerias com a iniciativa privada à impossibilidade de absorção da atividade pelas estruturas públicas do SUS.

Na mesma linha da disciplina legal, a Portaria nº 2.567, de 25 de novembro de 2016, editada pelo Ministério da Saúde, dispõe sobre a participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. De acordo com o Artigo 3º da normativa, “nas hipóteses em que a oferta de ações e serviços de saúde públicos próprios forem insuficientes e comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território, o gestor competente poderá recorrer aos serviços de saúde ofertados pela iniciativa privada”.<sup>51</sup>

## 5. PARCERIAS DO PODER PÚBLICO COM A INICIATIVA PRIVADA VOLTADAS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: UM OLHAR CRÍTICO

Em contraposição à ideia de que o Estado deveria ocupar papel principal no âmbito prestacional dos direitos fundamentais, o pensamento neoliberal busca a redução do papel do Estado. Tal pensamento foi difundido no Brasil especialmente no contexto da Reforma Gerencial que ocorreu no final da década de 90 e pretendia transformar a burocracia por meio da implementação de um modelo gerencial. Este modelo conferiria ao Poder Público uma posição subsidiária quanto à realização de atividades de bem-estar.<sup>52</sup> Para tanto, pregou em tom excessivamente otimista o movimento de publicização, um eufemismo para as privatizações que foram realizadas.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.105-154, jan./mar. 2005. p. 112. Em sentido contrário se posiciona Fernando Borges Mânica, ao discorrer que a ideia defendida por Floriano de Azevedo Marques não decorre diretamente da Constituição, mas de legislação infraconstitucional, o que, para ele, é inadmissível. MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 2, p. 34-54, jan./jul. 2012. p. 48.

<sup>51</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 2.567, de 25 de novembro de 2016. Dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <<http://www.brasilsus.com.br/images/portarias/novembro2016/dia28/portaria2567.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018.

<sup>52</sup> Consoante explica Irene Nohara, o neoliberalismo “provocou uma reformulação do papel do Estado, a partir do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado só deve interferir onde houver incapacidade de o mercado resolver por si só o atendimento do interesse público. Segundo essa noção, o Estado volta a se ocupar com os serviços públicos essenciais e indelegáveis e os demais, sejam eles sociais ou econômicos (industriais, comerciais ou financeiros), passam a ser exercidos em caráter supletivo da iniciativa privada, ou seja, quando ela se mostrar deficiente”. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

<sup>53</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 229-331.



Esta reforma inspirou inovações no direito administrativo, tais como: as agências reguladoras e executivas, as organizações sociais e o incremento das atividades de fomento por meio dos contratos de gestão, além do impulso à celebração de convênios e consórcios. A partir disso, várias leis infraconstitucionais foram criadas, como a lei das Parcerias Público-Privadas, por exemplo.

Com relação a esta proposta de Estado minimamente interventivo, concorda-se com Emerson Gabardo que “não há como aceitar esta visão restritiva do papel do Estado; ao menos não de um Estado cujo modelo seja o de bem-estar e cujos postulados fundamentais sejam pautados por um conjunto de princípios republicanos”.<sup>54</sup> O dever prestacional do Estado brasileiro, por imposição constitucional, não deve resumir-se a uma ideia de “auxílio-social”. A partir disso, mostra-se inafastável a necessidade de um Estado ativo e interventivo, e que embora se utilize de parcerias com a iniciativa privada como meio eficiente de promoção dos direitos fundamentais, mantenha seu papel de ator principal.

Para Savas, o governo, ao identificar as necessidades públicas e firmar parcerias com entidades privadas, deve manter a responsabilidade por garantir a provisão, pagando por ela, estabelecendo e assumindo a monitorização dos níveis de desempenho e alcance dos *standards* previamente definidos.<sup>55</sup>

No âmbito da saúde, o processo de regulação é mais sofisticado que em outros setores, haja vista a presença simultânea das falhas de mercado, sua forte dimensão social e sua estrutura complexa de integração vertical e horizontal, que engloba um largo conjunto de programas e serviços que vão desde os cuidados preventivos aos agudos, do individual a toda a população, de cuidados primários aos cuidados de internamento mentais e ocupacionais, envolvendo muitos e diversos atores da sociedade. Sendo assim, a regulação da saúde deverá considerar os conflitos entre a procura da eficiência e a acessibilidade dos serviços que podem advir da abertura ao setor privado e da introdução de mecanismos de mercado.<sup>56</sup>

Para André Cezar Medici, a implementação de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada na área da saúde deve tomar em conta alguns aspectos relevantes, exigindo um tratamento especial no desenho dos projetos, destacando-se: (i) a prioridade de tais parcerias em assegurar o acesso aos serviços de saúde aos usuários do setor público, que a depender do modelo implantado em cada país, deve ter acesso

---

<sup>54</sup> O regime republicano é aquele que se caracteriza pelos “meios republicanos”, tais como igualdade, liberdade e fraternidade, além de consagrar a transparência como uma das suas maiores virtudes. GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 325.

<sup>55</sup> SAVAS, Emanuel. S. **Privatization and Public-Private Partnerships**. New York: Seven Bridges Press, 2000. p. 147-160.

<sup>56</sup> SILVA, Pedro Manuel Alves Pereira da. **Fundamentos e modelos nas parcerias público-privadas na saúde: o estudo dos serviços clínicos**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 66-67. O autor conclui que as parcerias não são um bem que se possa aplicar a todos os bens e serviços, excluindo os serviços clínicos.



gratuito a tais serviços; (ii) a primazia do financiamento dos investimentos ser público, apesar de o custeio dos serviços prestados poder ser público, privado ou misto; (iii) as decisões sobre o que fazer com a infraestrutura previamente existente; (iv) o possível enfrentamento da rigidez das relações de trabalho previamente existentes em unidades públicas contratualizadas por meio de tais parcerias; (v) a demonstração de que as parcerias são necessárias, tendo em vista que há instituições que se mantêm nos processos tradicionais de gestão pública; e (vi) o fortalecimento de funções públicas de regulação, monitoramento e avaliação, a partir da implantação das parcerias.<sup>57</sup>

## 6. FORMAS DE PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NO ÂMBITO DA SAÚDE

As parcerias do poder público com a iniciativa privada na saúde têm assumido diversas formas e modelos, com diversos graus de responsabilidade e de risco para os envolvidos, que são definidos contratualmente após serem discutidos e negociados pelas partes.

Relativamente às formas jurídicas de participação da iniciativa privada no SUS, tem-se o seguinte panorama: (i) por meio de contrato de direito público, onde instituições particulares, com ou sem fins lucrativos, passam a integrar a rede pública de saúde;<sup>58</sup> (ii) por intermédio da formalização de termos de colaboração e termos de fomento,<sup>59</sup> como atividade de fomento do Estado a instituições privadas sem fins lucrativos; e (iii) ainda, alguns autores cogitam a possibilidade de formalização de parcerias público-privadas *stricto sensu* (PPP) na área da saúde, por meio de contrato de direito público.<sup>60</sup>

A temática da formalização dos acordos com a iniciativa privada, seja por termos de colaboração, termos de fomento (que substituíram os convênios) ou contrato de direito público é bastante relevante para o SUS, tendo em vista que logo que foi estruturado o sistema, não havia mecanismos de formalização da participação complementar da

<sup>57</sup> MEDICI, André Cezar. O papel das parcerias público-privadas na gestão e no financiamento do setor de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 82.

<sup>58</sup> Sobre o tema dos contratos, Romeu Felipe Bacellar Filho ensina que “o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo de contrato se desenvolve na esfera de direito público, mais propriamente no campo de atuação do Direito Administrativo, é inobjetoável a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado por um misto de prerrogativas e sujeições”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 320.

<sup>59</sup> A Lei federal nº 13.019/14 extinguiu a figura dos convênios público-privados, substituindo tal modelo de ajuste pelos termos de colaboração e termos de fomento.

<sup>60</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 191.



iniciativa privada, de modo que várias integrações de instituições privadas ao SUS eram (e ainda são) realizadas sem “contratualização”.

Acerca do contrato de direito público como mecanismo de formalização da participação complementar da iniciativa privada no SUS, de antemão, impende destacar que a contratação a ser analisada é a referente exclusivamente às atividades relacionadas diretamente ao direito à saúde – serviços de saúde em “sentido estrito”-, e não às atividades instrumentais que lhe são inerentes.<sup>61</sup> Portanto, ao se falar em contratação de serviços de saúde, refere-se a, por exemplo, serviços clínicos e hospitalares, restando excluídos serviços como de higiene, segurança, fornecimento de insumos e alimentos, etc. A estes se aplica invariavelmente o regime público de contratação por meio de processo licitatório, apesar de a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) prever hipótese de dispensa, no caso de contratação de serviços que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS<sup>62</sup> e inexigibilidade, caso os serviços de saúde possuam “natureza singular” e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização.<sup>63</sup>

A parceria via contrato de direito público deve ser realizada para a prestação de serviços por profissionais ou instituições em suas próprias estruturas físicas, e não em espaços da própria Administração Pública. Em caso de carência de pessoal da própria Administração, o mecanismo adequado para supri-la seria a contratação de profissionais por tempo determinado, consoante prevê o Artigo 37, IX da CF/1988.<sup>64</sup> Ainda, poderá ocorrer a dispensa de licitação nas hipóteses previstas em lei, como no caso de contratação de pequeno valor e em casos de emergência e calamidade pública.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde. A autora afirma que o que é possível é que a Administração Pública contrate instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade ou até serviços técnicos-especializados, onde estará se transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 186. Entendimento contrário possui Fernando Borges MÂNICA, que afirma que a hipótese constitucionalmente prevista não se refere a atividades-meio ou acessórias, mas a atividades-fim do Estado, especificamente relacionadas a seu dever de prestar serviços de saúde a quem deles necessitar. MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 195.

<sup>62</sup> Artigo 24, XXXII, da Lei nº 8.666/93.

<sup>63</sup> Artigo 25, II, da Lei nº 8.666/93. Em se caracterizando hipótese de inexigibilidade de licitação por não ser possível selecionar objetivamente a melhor proposta, será possível a utilização do credenciamento como mecanismo de contratação de vários prestadores de serviços (profissionais ou entidades que podem prestar o serviço desejado de maneira similar). Embora não previsto expressamente pela Lei de Licitações, o credenciamento pode ser entendido como forma de contratação da Administração Pública, em que existem diversos profissionais que podem desempenhar a atividade de maneira similar, inexistindo ainda padrões objetivos para avaliar rigorosamente a capacidade técnica de cada um deles. Em suma, trata-se de hipótese de inexigibilidade de processo licitatório por inviabilidade de competição. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 383.

<sup>64</sup> A Lei nº 8.745/93 regulamenta este dispositivo constitucional.

<sup>65</sup> PIVETTA, 2014. p. 191-193.



Neste ponto, deve-se realçar que a Lei de Licitações nem sempre mostra-se adequada a disciplinar o procedimento prévio de formalização de contratos administrativos que envolvam a prestação de serviços de saúde, visto que as formalidades do procedimento e os critérios de julgamento das propostas (menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta) não se mostram sempre como os mais apropriados à contratação desse tipo de serviço.<sup>66</sup>

Percebe-se que os instrumentos de participação complementar da iniciativa privada nas ações e serviços de saúde, desde a década de 1990, muitas vezes têm sido utilizadas para se promover verdadeira “privatização”<sup>67</sup> daquelas atividades, com o afastamento de sua prestação direta. As principais formas de transferência indevida da prestação dos serviços de saúde para a iniciativa privada são os termos de colaboração e termos de fomento (que vieram substituir os convênios) com organizações das sociedades civil de interesse público (Oscip) e com organizações sociais (OS). A parcerias público-privadas *stricto sensu* (PPP) também vêm sendo utilizadas com esse propósito.<sup>68</sup>

Estas últimas são disciplinadas pela lei nº 11.079/2004,<sup>69</sup> que prevê duas modalidades: (i) a concessão patrocinada, que é concessão comum<sup>70</sup> de obra ou de serviço público quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; e (ii) a concessão administrativa, que é contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Verifica-se a inviabilidade da delegação de serviços de saúde a entes privados por meio de PPP, tendo em vista que: (i) a concessão patrocinada, por envolver tarifa por parte do usuário (embora juridicamente admissível), só seria possível no sistema de saúde mediante lei que assim o permitisse; (ii) a concessão administrativa, por envolver delegação dos serviços de saúde, só pode ser realizada quando o serviço não é de titularidade do Estado<sup>71</sup> (o que não ocorre com o direito a saúde, cuja titularidade é

<sup>66</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>67</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro define que privatização corresponde a um conceito amplo, “que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19.

<sup>68</sup> Pode-se citar como exemplo o Hospital do Subúrbio, em Salvador, em que o parceiro privado gere tanto atividades-meio como atividades-fim.

<sup>69</sup> Para Egon Bockmann Moreira a edição dessa lei “orienta-se como instrumento que possibilita a cooperação e integração entre os setores público e privado também no que diz respeito à execução do contrato”. MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a Lei de Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 136.

<sup>70</sup> A concessão comum é regulada pela lei nº 8.987/95.

<sup>71</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 372. Posicionamento contrário adota Fernando Vernalha Guimarães. Guimarães, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179.



do Estado), e em segundo lugar, a inviabilidade se dá por esta modalidade afrontar a disciplina constitucional e legal específica do SUS, que não permite privatização dos serviços de saúde.<sup>72</sup>

Por fim, a cautela na análise das parcerias que podem ser realizadas com as organizações sociais<sup>73</sup> e com as organizações da sociedade civil de interesse público<sup>74</sup> se dá por algumas questões. Por estarem atreladas a um ideário neoliberal, o objetivo delas ao serem criadas foi o de transferir para a sociedade civil a prestação direta de serviços públicos, de modo a se alcançar a propugnada “eficiência” no modelo gerencial, pautada essencialmente por resultados econômicos.<sup>75</sup> O transporte dessa lógica para a saúde pública acarreta, sem dúvida, graves prejuízos, já que se trata de serviço social essencial, cuja mensuração não pode se ater ao aspecto econômico.

A despeito disso, nota-se que várias parceiras com o terceiro setor foram realizadas de maneira a desvirtuar o ordenamento constitucional, por meio da utilização de mecanismos de parceria aparentemente lícitos, mas com o objetivo de se promover uma verdadeira privatização. Há, portanto, violação do caráter público da prestação de serviços, com recursos públicos sendo transferidos a entidades privadas, que além de serem potencialmente escolhidas arbitrariamente pelos gestores, não contratam por licitação e não promovem concursos públicos. A questão foi objeto de debate pelo Supremo Tribunal Federal, conforme análise realizada na sequência.

## 7. O RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS PARCERIAS NO SETOR DE SAÚDE PELO STF: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1923

<sup>72</sup> PIVETTA, 2014. p. 196-197. O autor ressalta que, mesmo que fosse juridicamente possível, a concessão administrativa mostrar-se-ia inadequada, visto que as atividades fins do sistema de saúde mostrarem-se como objeto de difícil mensuração, para fins de formação de um contrato de concessão administrativa. É por este motivo que a experiência estrangeira tem, de forma majoritária, adotado o modelo inglês de parceria, em que permanecem excluídos os serviços clínicos – ou seja, são transferidos para parceiros privados apenas os aspectos ligados à construção ou modernização da infraestrutura hospitalar e os serviços a eles inerentes (as chamadas atividades “meio”). Para uma análise comparativa da utilização das PPP na Europa, ver: SANTOS, Boaventura de Souza (Director Científico). **Parcerias público-privadas e justiça**: uma análise comparada de diferentes experiências. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007.

<sup>73</sup> O STF decidiu, em recente julgamento da ADI nº 1923/DF, que o sistema de parcerias entre o Poder Público e as Organizações Sociais é constitucional, contrariando nosso entendimento.

<sup>74</sup> Tanto as OS, disciplinadas pela lei nº 9.637/98, quanto as Oscip, disciplinadas pela lei nº 9.790/99 são qualificações jurídicas atribuídas a entes privados sem fins lucrativos que preenchem os requisitos legais. São geralmente enquadradas no chamado “terceiro setor”.

<sup>75</sup> Essa tentativa de transportar para o ambiente público uma racionalidade privada, gera duas consequências prejudiciais ao interesse público: “a despreocupação com as externalidades negativas (afinal, os custos sociais e globais são mais difíceis de serem medidos que os econômicos específicos); e a despreocupação com a correspondência entre as avaliações e a realidade (ocorre a constante readequação dos critérios de averiguação, pois estes devem tornar-se mais simples e fáceis de serem medidos, em razão da busca pela justificação estatístico-matemático). GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 60-61.



O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, consolidou entendimento, por meio da ADI nº 1923, que as parcerias com a iniciativa privada na prestação do serviço público de saúde são constitucionais.

A ADI nº 1923 tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei 9.637/98,<sup>76</sup> e do inciso XXIV do Artigo 24 da Lei nº 8.666/93,<sup>77</sup> com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. O partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT, ao ajuizarem tal ADI postularam que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos diplomas impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição Federal: (i) ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência;<sup>78</sup> (ii) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações;<sup>79</sup> (iii) descumprimento do dever de licitação;<sup>80</sup> (iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal;<sup>81</sup> (v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores;<sup>82</sup> (vi) insubmissão a controles externos;<sup>83</sup> e (vii) restrição da atuação do Ministério Público.<sup>84</sup>

O julgamento da ADI nº 1923 iniciou-se em 24 de junho de 1999 e em 01 de agosto de 2007, o STF indeferiu, por maioria, a medida cautelar requerida pelos autores, mantendo a validade da lei.<sup>85</sup> No decorrer do processo, requereram ingresso no feito,

<sup>76</sup> A referida lei 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.

<sup>77</sup> Esta norma prevê a dispensa de licitação “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

<sup>78</sup> Artigos. 23, 196, 197, 199, §1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, §1º, 218 e 225 da CF/1988.

<sup>79</sup> Artigo 5º, XVII e XVIII, e Artigo 37, caput, da CF/1988.

<sup>80</sup> Artigos 22, XXVII, 37, XXI, e 175 da CF/1988.

<sup>81</sup> Artigo 37, II e X, e Artigo 169 da CF/1988.

<sup>82</sup> Artigo 40, caput e §4º, da CF/1988.

<sup>83</sup> Artigos. 70, 71 e 74 da CF/1988.

<sup>84</sup> Artigo 129 da CF/1988.

<sup>85</sup> A medida cautelar possuía a seguinte ementa: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais - pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame



em petição conjunta, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências, defendendo a constitucionalidade das leis impugnadas. Entrevistaram, ainda, o Sindicato dos Trabalhadores Públicos de Saúde no Estado de São Paulo/SINDSAÚDE/SP e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, sustentando a invalidade do modelo institucional das Organizações Sociais.

O relator, ministro Ayres Britto, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 31 de março de 2011, votou pela procedência parcial dos pedidos.<sup>86</sup> Em seguida, o ministro Luiz Fux pediu vista dos autos para examinar melhor a matéria.

Na ocasião, o relator considerou inconstitucionais as privatizações via Organizações Sociais. Afirmou ser possível o entendimento de que há serviços públicos passíveis de prestação não estatal, que se forem prestados pela iniciativa privada, serão também de natureza pública. Já em relação aos serviços estritamente públicos, a Constituição determina que o Estado os preste diretamente ou então sob o regime de concessão, permissão ou autorização. Contudo, a presença do poder público deve ser inafastável. Ele entendeu que a norma questionada estabeleceu um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação do serviço público de saúde, educação, meio-ambiente, cultura, ciência e tecnologia. “A iniciativa privada, então, a substituir o poder público e não simplesmente a complementar a performance estatal”, ressaltou.<sup>87</sup> Ele também observou que, em princípio, não há necessidade de processo licitatório para a celebração dos convênios, ou seja, quando não há competição, mas mútua colaboração.

Quatro anos depois, em 16 de abril de 2015, ao retomar o caso, o Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, dando interpretação conforme a Constituição às normas

---

do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.4. Medida cautelar indeferida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106, divulgado em 20-09-2007, publicado em 21-09-2007, DJ 21-09-2007.

<sup>86</sup> O relator votou para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9637/98: (i) a expressão “quanto à conveniência e a oportunidade de sua qualificação como organização social”, contido no inciso II, do artigo 2º; (ii) a expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, contida no parágrafo 2º, do artigo 14; (iii) os artigos 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação proposta anteriormente. Ademais, o ministro interpretou conforme a Constituição os artigos 5º, 6º e 7º, da Lei nº 9.637/98, e o inciso XXIV, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93, “para desses dispositivos afastar qualquer interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como organização social; b) a celebração do impropriamente chamado contrato de gestão”. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>87</sup> Para o relator, se o Estado terceiriza funções que lhe são típicas há uma situação “juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazer aquilo que é da sua própria compostura operacional, a prestação dos serviços públicos”. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2018.



que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

O voto do ministro Luiz Fux, acompanhado pela maioria, foi no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao Artigo 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação,<sup>88</sup> a celebração do contrato de gestão, as hipóteses de dispensa de licitação para contratações e outorga de permissão de uso de bem público, a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais, e os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos<sup>89</sup> sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do Artigo 37 da CF; e (ii) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Como se pode perceber, o entendimento amparado pelo plenário do STF afasta o entendimento de que os serviços públicos no Brasil devem ser prestados por estruturas estatais. O entendimento deve ser visto com cautela, na medida em que, no Brasil, o Estado possui um papel fundamental na execução direta dos serviços sociais.<sup>90</sup> De plano, deve-se afastar a premissa, aceita pela própria jurisprudência da Corte, de que o Estado seria ineficiente na prestação de tais serviços, e o terceiro setor seria eficiente.<sup>91</sup> Em verdade, instituições estatais podem ser eficientes, assim como entidades do terceiro setor podem ser ineficientes, sobretudo quando prestadoras de serviços sociais, por não se sujeitarem ao regime jurídico administrativo, sendo mal controladas pelo Poder Público e pela sociedade.<sup>92</sup> Ou seja, eventual economia de gastos na delegação de serviços ao terceiro setor poderá gerar resultados qualitativos e quantitativos inferiores,

---

<sup>88</sup> O procedimento de qualificação também deve se dar de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o Artigo 20 da Lei nº 9.637/98.

<sup>89</sup> A celebração destes contratos também deve se dá nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

<sup>90</sup> Há, neste ponto, controvérsia acerca da natureza jurídica dos serviços prestados pela iniciativa privada no tocante ao ensino e à saúde. Para Carlos Ari Sunfeld, educação e saúde são serviços públicos só quando o Estado o prestar, sendo ao mesmo tempo atividade estatal e atividade dos particulares. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 84. Eros Grau, Celso Antônio Bandeira de Mello e Irene Nohara discordam desse posicionamento, encontrando resistências a enquadrar saúde e educação no rol de mercadorias e serviços como outros quaisquer. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 453.

<sup>91</sup> Fernando Borges Mânica possui este entendimento. MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo**. In: AVANZA, Clenir Sani; et ali (Org.). **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, gestão e acesso**. Vitória: Editora Emescam, 2016. p.215-252.

<sup>92</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 151.



em comparação com aqueles que seriam alcançados caso o Poder Público prestasse o serviço de saúde de maneira direta. Ademais, “a tendência de delegação dos serviços públicos não privativos do Estado ao terceiro setor dificilmente escapa do enquadramento em um claro caso de desvio de finalidade”.<sup>93</sup>

De qualquer modo, a terceirização de serviços de saúde, embora autorizada com ressalvas pelo STF, deve ser vista com cuidado. Apesar de aceita, a terceirização não pode ser considerada solução para os graves problemas enfrentados pelo sistema nacional de saúde. Como exemplo, veja-se que o SUS é subfinanciado, recebendo recursos insuficientes para o atendimento de demandas básicas da população.<sup>94</sup> Ora, enquanto esse problema basilar não for resolvido, garantindo-se o aporte de recursos suficientes para a saúde pública, o debate sobre a terceirização funcionará, no máximo, como cortina de fumaça para os verdadeiros problemas do setor, tendo em vista que a mera transferência de responsabilidades para a iniciativa privada não é capaz de solucionar aquele problema central. Se o próprio Estado deixa de prover recursos para a adequada estruturação do SUS, não será a iniciativa privada que o fará.

Importante destacar, também, a reflexão de Tarso Cabral Violin, para quem as Organizações Sociais constituem ferramenta para que o Estado escape de suas responsabilidades constitucionais, principalmente em áreas como educação e saúde, nas quais o terceiro setor é utilizado como prestador de serviços sociais, fazendo com que o Estado extinga entidades da Administração Pública, “sucateie” sua burocracia, fugindo do regime jurídico administrativo e repassando por meio de parcerias para a iniciativa privada sem fins lucrativos os serviços sociais.<sup>95</sup>

Houve também uma segunda decisão paradigmática proferida no ano de 2015 que teve como objeto específico a área da saúde. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 581.488/RS, interposto pelo Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), que manteve sentença em ação civil pública no sentido de vedar a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação especial de paciente internado, mediante pagamento da “diferença de classe”. O TRF-4 entendeu que, mesmo sem ônus para o Estado, possibilitar a diferença de classe representaria dar tratamento diferenciado aos pacientes dentro de

<sup>93</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 151.

<sup>94</sup> De acordo com dados divulgados pelo Governo Federal, em 2015 o país aplicou R\$231 bilhões em saúde, o que corresponde a 3,9% do PIB. De acordo com a OMS, no entanto, é necessário aplicar ao menos 6,5% do PIB para que os serviços sejam satisfatórios. Inclusive há estudo específico da OMS sobre a carência de recursos públicos no setor e suas consequências nefastas sobre a qualidade e quantidade de serviços disponibilizados. Os dados do governo federal podem ser conferidos em: < <https://bit.ly/2WXnv1r>>. Acesso em: 01 abr. 2018. Os dados e estudos da OMS podem ser consultados em: < <https://bit.ly/2A5uZ9O>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

<sup>95</sup> VIOLIN, 2006. p. 288.



um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do SUS, conforme estabelece a Constituição Federal.<sup>96</sup>

O relator, ministro Dias Toffoli, seguido pela unanimidade do STF, considerou inconstitucional a “diferença de classes”, sob a fundamentação de que esse tipo de pagamento contraria o artigo 196 da Constituição Federal, que garante a todos os cidadãos acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Para o relator, o SUS, além de pautado pela universalidade e integralidade, deve também ser pautado pelo princípio da equidade, regra que não permite exceções.<sup>97</sup>

## 8. CONCLUSÕES

A partir das revisões doutrinárias e jurisprudencial realizadas, faz-se oportuno listar as principais conclusões apresentadas ao longo do trabalho.

- I) O Sistema Único de Saúde (SUS) representa a estrutura pública de efetivação do direito à saúde no Brasil e possui gestão administrativa articulada e organizada, envolvendo a participação de vários órgãos da Administração Pública direta, de entes da Administração Indireta, de pessoas de direito privado, e dos Conselhos e Conferências de Saúde, que possibilitam a participação comunitária na formulação e gestão das políticas sanitárias. Possui disposição ascendente, partindo do nível local ao federal (municipalização) e atendimento hierarquizado (primário, secundário e terciário).
- II) Este Sistema possui três diretrizes, elencadas no Artigo 198 da CF/1988, quais sejam: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii)

<sup>96</sup> A referida decisão possui a seguinte ementa: “Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Alcance da norma do Artigo 196 da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 1. É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. 2. O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal. 3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8 abr. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em: 26 maio 2018.

<sup>97</sup> BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8 abr. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em: 26 maio 2018.



atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (salienta-se que essa integralidade encontra limites); e (iii) participação da comunidade, que se configura como relevante instrumento de controle e avaliação da atuação dos gestores públicos.

- III) A Constituição brasileira, bem como a Lei Orgânica da Saúde, faz referência expressa à participação privada no sistema público de saúde (sob o regime de concessão, permissão ou autorização). Contudo, há imprecisão normativa nos contornos desse aspecto, suscitando entendimentos diversos quanto à atuação complementar. Tem-se utilizado o argumento falacioso de que o ingresso de novos atores melhoraria o sistema, desonerando o Estado desse dever e aumentando a eficiência da prestação. Contudo, opta-se pelo posicionamento que se baseia na ideia de uma atuação privada subsidiária, uma vez que há a necessidade de um Estado interventor e prestador de serviços, a fim de se garantir a emancipação do indivíduo, o fim das desigualdades e uma sociedade justa.
- IV) A atividade de regulação no âmbito da saúde deve se preocupar com o conflito entre a busca da eficiência e a equidade, em vista da complexidade do processo regulatório neste domínio, que compreende estrutura complexa de integração vertical e horizontal.
- V) A participação complementar na saúde tem assumido diversas formas e modelos, com variados graus de responsabilidade e risco para os abrangidos: (i) por meio de contrato público; (ii) por intermédio da formalização de termos de colaboração e termos de fomento; e (iii) por formalização de parcerias público-privadas *stricto sensu* (PPP). Verifica-se a plena viabilidade da primeira possibilidade e a necessidade de cautelas reforçadas para as demais, visto que têm sido utilizados para se promover uma verdadeira privatização, o que não se coaduna com a premissa de um Estado de bem-estar Social. Frisa-se que o contrato público deve ser realizado para a prestação de serviços por profissionais ou instituições em suas próprias estruturas físicas, e não em espaços da própria Administração Pública.
- VI) Em 2015, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento, por meio da ADI nº 1923, que as parcerias com a iniciativa privada na prestação do serviço público de saúde são constitucionais. O entendimento deve ser compreendido com cautela, alertando-se para o fato de que a autorização concedida pelo STF não caracteriza obrigação – ou seja, o Poder Público ainda permanece competente para gerir de maneira direta os serviços de saúde – nem autorização irrestrita, que importe a delegação total da prestação dos serviços para a iniciativa. O alerta é importante no contexto brasileiro, onde o Poder Público possui um papel fundamental na execução direta dos serviços sociais.



## 9. REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

BERCOVICCI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 3, n. 1, p. 13-28, mar. 2002.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581.488/RS. Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8 abr. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator: Min. Ilmar galvão, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 01 ago. 2007. DJe-106 de 21 set. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>>.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 501, de 7 de maio de 2015. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/web\\_15cns/docs/05mai13\\_Reso501\\_em\\_homologacao.pdf](http://conselho.saude.gov.br/web_15cns/docs/05mai13_Reso501_em_homologacao.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2018.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resoluções**. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_12.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_12.htm)>. Acesso em: 26 maio 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 191, p. 26-39. 1993. p

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Lígia. **Gasto com saúde no Brasil pode chegar a um quarto do PIB, diz estudo**. VALOR. 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3cYeM4u>>. Acesso em: 26 maio 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, Brasília, v. 2, p. 34-54, jan./jul. 2012.

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

MÂNICA, Fernando Borges. Parcerias Público-Privadas no setor da Saúde: um panorama das concessões administrativas no Brasil e no mundo. In: AVANZA, Clenir Sani; et ali (Org.). **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, gestão e acesso**. Vitória: Editora Emescam, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.105-154, jan./mar. 2005.

MEDICI, André Cezar. O papel das parcerias público-privadas na gestão e no financiamento do setor de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro Setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entendendo o SUS (cartilha)**. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 2.567, de 25 de novembro de 2016. Dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <<http://www.brasilsus.com.br/images/portarias/novembro2016/dia28/portaria2567.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a Lei de Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Nielmar de. **Gastos com saúde crescem mesmo em meio à crise e atingem 9,1% do PIB**. EBC. 20 dez. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2AUzfcx>>. Acesso em: 01 abr. 2018.



ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **OPAS/OMS disponibiliza publicação sobre organização e financiamento do sistema de saúde brasileiro.** Disponível em: <<https://bit.ly/2A5uZ9O>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde:** regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** STF. Disponível em: <<https://bit.ly/2LPkPfW>>. Acesso em: 26 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluisio Lunes Monti Ruggeri. (Org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 2012.

SAVAS, Emanuel. S. **Privatization and Public-Private Partnerships.** New York: Seven Bridges Press, 2000.

SILVA, Pedro Manuel Alves Pereira da. **Fundamentos e modelos nas parcerias público-privadas na saúde:** o estudo dos serviços clínicos. Coimbra: Almedina, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública:** uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006.